

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIOLOGÍA



TESIS DOCTORAL

**Responsabilidad del estado frente a los miembros de la fuerza pública
por los hechos de la guerra y el terrorismo, análisis de la política
pública de seguridad integral para la prosperidad**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Jaime Alberto Duque Casas

Director

Pedro Medellín Torres

Madrid, 2016



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
MADRID



FUNDACIÓN
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
JOSÉ ORTEGA Y GASSET

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
ORTEGA Y GASSET

Programa de Doctorado

GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Título de la Tesis Doctoral

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS MIEMBROS DE LA
FUERZA PÚBLICA POR LOS HECHOS DE LA GUERRA Y EL TERRORISMO,
ANÁLISIS DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURIDAD INTEGRAL PARA LA
PROSPERIDAD**

Doctorando(a)

JAIME ALBERTO DUQUE CASAS

Director de la Tesis

PEDRO MEDELLÍN TORRES

Madrid, 2015

CONTENIDO

RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN	4
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN	13
1. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES Y DOCTRINALES	18
1.1. Democracia, concepto y evolución.....	18
1.2. La política y las políticas públicas	28
1.2.1. Política Pública	31
2. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.....	34
2.1. Evolución histórica de la responsabilidad extracontractual del Estado.....	34
2.2. El hecho.....	37
2.3. El daño.....	37
2.4. El perjuicio, "el responsable es el que responde".....	50
2.4.1. Perjuicios materiales o patrimoniales.....	53
2.4.1.1. Daño emergente.....	53
2.4.1.2. Lucro cesante.....	55
2.4.2. Perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales.....	57
2.5. El nexo causal y la relación de causalidad.....	64
2.6. La imputación.....	73
2.6.1. La imputación y los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado.....	91
2.6.1.1. La falla del servicio.....	92
2.6.1.2. La falla presunta del servicio.....	100
2.6.1.3. El riesgo excepcional.....	111
2.6.1.4. El daño especial.....	117
2.6.2. La imputación y las causales de exoneración o exculpación por parte del Estado.....	121
2.6.2.1. El caso fortuito.....	122
2.6.2.2. La fuerza mayor.....	129
2.6.2.3. El hecho de la víctima.....	135
2.6.2.4. El hecho de un tercero.....	138
2.7. Guerra, terrorismo, conceptos, evolución jurisprudencial de responsabilidad.....	140
2.7.1. La guerra.....	140
2.7.2. El terrorismo.....	150
3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, NUEVA FORMA DE DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. IMPLICACIONES.....	167
3.1. El control de convencionalidad determinante para configurar la responsabilidad del Estado.....	171
3.2. La víctima y el conflicto armado interno, elementos relevantes del control de convencionalidad para el caso colombiano.....	183

3.3. Responsabilidad del Estado por omisión, la "debida diligencia"	189
3.3.1. Obligación de prevenir.....	190
3.3.2. Deber de investigar y sancionar.....	195
3.3.3. Obligación de reparar.....	197
3.3.3.1. Restitución.....	199
3.3.3.2. Indemnización.....	200
3.3.3.3. Medidas de satisfacción.....	206
3.3.3.4. Garantía de no repetición.....	209
3.3.3.5. Obligación de adoptar políticas públicas.....	212
3.3.3.6. Medidas de rehabilitación.....	216
3.3.3.7. Daño al proyecto de vida.....	216
4. NUEVO ENFOQUE: EL ESTADO GARANTE.....	219
5. MODIFICACIÓN DE LA ECUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO, ANTE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	221
6. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS MIEMBROS DE SU FUERZA PÚBLICA.....	223
7. ANÁLISIS DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURIDAD INTEGRAL Y DEFENSA PARA LA PROSPERIDAD DEL ACTUAL GOBIERNO.....	235
7.1. Identificación, construcción del problema y agenda pública.....	236
7.2. Formulación de decisiones.....	242
7.2.1. Modelos de toma de decisiones.....	243
7.2.2. Decisión.....	245
7.2.3. implementación de decisiones.....	246
7.3. Redacción de la política pública.....	249
7.3.1. Estrategias.....	249
7.3.1.1. Seguridad interna.....	249
7.3.1.2. Alineación estratégica sectorial.....	251
7.3.1.3. Objetivos y estrategias sectoriales.....	251
7.4. Ejecución del programa.....	258
7.4.1. Leyes.....	258
7.4.2. Decretos.....	263
7.4.3. Resoluciones.....	265
7.5. Evaluación de la política pública de seguridad integral para la prosperidad.....	274
7.5.1. Niveles de evaluación.....	276
7.5.2. Tipos de evaluación.....	277
7.5.3. Modos de evaluación.....	278
7.5.4. Evaluación de conocimiento de la política pública de seguridad integral para la prosperidad por parte de los miembros de la fuerza pública	282
8. CONCLUSIONES.....	289
BIBLIOGRAFÍA.....	306

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
INSTITUTO UNIVESITARIO DE INVESTIGACIONES
JOSÉ ORTEGA Y GASSET
DOCTORADO EN GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
TESIS DOCTORAL
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN

RESUMEN –RAI–
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS MIEMBROS DE LA
FUERZA PÚBLICA POR LOS HECHOS DE LA GUERRA Y EL TERRORISMO,
ANÁLISIS DE LA POLITICA PÚBLICA DE SEGURIDAD INTEGRAL PARA LA
PROSPERIDAD

TITULO
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS MIEMBROS DE LA
FUERZA PÚBLICA POR LOS HECHOS DE LA GUERRA Y EL TERRORISMO,
ANÁLISIS DE LA POLITICA PÚBLICA DE SEGURIDAD DE SEGURIDAD
INTEGRAL PARA LA PROSPERIDAD

AUTOR
JAIME ALBERTO DUQUE CASAS

DIRECTOR
PEDRO MEDELLÍN TORRES

PUBLICACION
Lugar: Madrid, España
Año: 2015
Páginas:
Fecha: Febrero de 2015

AUTOR:

JAIME ALBERTO DUQUE CASAS

TÍTULO:

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA POR LOS HECHOS DE LA GUERRA Y EL TERRORISMO, ANÁLISIS DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURIDAD INTEGRAL PARA LA PROSPERIDAD

PALABRAS CLAVES:

Democracia, política, política pública, daño antijurídico, responsabilidad del Estado, régimen de responsabilidad, falla del servicio, falla presunta del servicio, riesgo excepcional, daño especial, guerra, guerra irregular, acto terrorista, fuerza mayor, caso fortuito, culpa, culpa de un tercero, culpa de la víctima, fines esenciales del Estado, defensa, seguridad, control de convencionalidad, indemnización, reparación.

DESCRIPCIÓN:

La presente investigación pretende demostrar que existe responsabilidad del Estado en los casos en que se produce la muerte o la lesión de miembros de la fuerza pública constitucional, cuando se cumplen los requisitos Constitucionales y Convencionales, por prestar el servicio militar obligatorio, o el servicio de seguridad del Estado. Así mismo se analizará la política pública de seguridad integral para la prosperidad para verificar si en ella se incluyeron elementos suficientes para prevenir la violación de derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, como consecuencia de los actos de guerra o de terrorismo, teniendo como antecedentes la revisión de la existencia o no de un conflicto armado interno y, determinando, en que casos se está frente a actos de guerra en virtud del conflicto o si, por el contrario, se trata de actos terroristas.

OBJETIVO GENERAL:

Determinar si existe responsabilidad del Estado como consecuencia de la guerra, con relación a los miembros de la fuerza pública constitucional, teniendo en cuenta la evolución de la responsabilidad del Estado al incorporar en la Constitución Política de Colombia el control de Convencionalidad. Determinar si existe una política pública preventiva para evitar la violación de derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Militares como consecuencia de los hechos de guerra y terrorismo, dada la obligación convencional de implementar políticas públicas.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

Hacer Un análisis de la responsabilidad del Estado por los hechos de la guerra y el terrorismo, identificar su diferencia y determinar su aplicación a la luz de la Constitución Política, las construcciones jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado y la doctrina y la incidencia del control de convencionalidad en la nueva responsabilidad del Estado. .

Hacer un análisis acerca de la Política Pública de seguridad integral para la prosperidad, determinando si existen elementos que permitan identificar la prevención de la violación

de los derechos humanos de los miembros de la Fuerzas Militares y la Policía Nacional en el conflicto armado y en los actos terroristas.

Hacer un análisis de la existencia de las causales de exculpación a los casos de guerra irregular.

Hacer un análisis de la previsibilidad y resistibilidad de los ataques en virtud del conflicto armado y los actos terroristas.

Analizar la evolución de la ecuación de la responsabilidad al entrar en vigencia el control de convencionalidad..

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA POR LOS HECHOS DE OPERACIONES MILITARES Y EL TERRORISMO ANÁLISIS DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURIDAD INTEGRAL PARA LA PROSPERIDAD

FUENTES:

Constitución Política de Colombia; jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la responsabilidad del Estado por actos terroristas; jurisprudencia del Consejo de Estado por muerte de soldados y miembros de la fuerza pública en combate; Ejército Nacional, casos tácticos, reglamentos y manuales de operaciones militares; doctrina nacional, Tratado de Derecho Administrativo de Jaime Orlando Santofimio, la violencia jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos de Jesús Orlando Gómez López, el Daño de Juan Carlos Henao, la Responsabilidad del Estado por Error Judicial de Jairo López Morales, el Conflicto callejón con salida del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el derecho administrativo colombiano de Jaime Vidal Perdomo, Testimonio de una época de Álvaro Valencia Tovar; doctrina internacional, derecho administrativo de Juan Carlos Cassagne, Argentina, Curso de derecho administrativo de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, España, Tratado teórico práctico de responsabilidad civil delictual y contractual de los hermanos Henry y León Mazeaud y André Tunc, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia de Corte Europea de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, de Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Allan R. Brewer-Carías, Manual de responsabilidad pública de la Abogacía General del Estado de España; El arte de la guerra de Sun Tzu; Seminario Internacional de Responsabilidad Civil y del Estado, Universidad Externado de Colombia; Responsabilidad Extracontractual del Estado, Wilson Ruiz Orjuela; Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, María del Pilar Amenábar; Terrorismo y antiterrorismo, Fernando Reinares; Guerra, el origen de todo, Víctor Davis Hanson; Guerras Justas, de Cicerón a Iraq, Alex J. Bellamy; La responsabilidad Extracontractual en Colombia, Gilberto Martínez Rave; Terrorismo y seguridad, Reinaldo Botero y otros; El fenómeno guerra, Gastón Bouthoul; Responsabilidad del Estado por el uso de las armas de fuego, Ricardo Hoyos Duque; Responsabilidad del Estado por error judicial, Jairo López Morales; Justicia Correctiva y responsabilidad extracontractual, Jules Coleman; Los costos de los costos de los accidentes, Jules Coleman; La responsabilidad civil, Antoni Vaquer Aloy y otros; De la guerra, Karl von Clausewitz; Estados Fallidos, Noam Chomsky; Piratas y emperadores,

Noam Chomsky; El choque de las civilizaciones, Samuel P. Huntington; Yo, el Estado, Nicolás María López Calera; Seguridad ciudadana y orden público en América Latina, Víctor Gálvez Borrel y otros; El desafío de la guerra, G. Bouthoul- R. Carrère; Sobre la paz perpetua, Immanuel Kant; Terrorismo, una breve introducción, Charles Townshend; Una historia del terrorismo, Walter Laqueur; Seguridad pública y derecho administrativo, Luciano Parejo Alfonso y Roberto Dromi; La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Ramiro Saavedra Becerra; Terrorismo y política, Antonio Camou y otros; Sistemas de guerra, Nazih Richani; Terrorismo y rebelión, corporación José Alvear Restrepo; Política de seguridad democrática, Alfredo Rangel y Pedro Medellín; La promesa de la política, Hannah Arendt.

CONTENIDO:

El trabajo de investigación se desarrolló en 8 capítulos, que tratan sistemáticamente los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales de la responsabilidad del Estado; el análisis del control de convencionalidad y su incidencia en la ecuación de responsabilidad del Estado, generando una nueva estructura de la misma; la determinación de la existencia de la responsabilidad del Estado frente a los miembros la fuerza pública, analizando el concepto de terrorismo, guerra y conflicto armado interno; aplicación de los regímenes de exculpación de la responsabilidad, cuando y bajo que circunstancias se configurarían; se analiza la política pública de seguridad integral para la prosperidad y se revisa, a través de un trabajo de campo, el conocimiento que sobre ella tienen los miembros de la fuerza pública, en una muestra de 120 personas, 40 oficiales de grado Capitán que hacen curso para Mayor, 40 oficiales de grado Teniente que hacen curso para Capitán y 40 suboficiales de grado Cabo Primero que hacen curso para Sargento, quienes serán los comandantes de Batallones de Contraguerrillas, comandantes de compañías y pelotones de combate; y se llega a unas conclusiones claras acerca de la responsabilidad del Estado por guerra y terrorismo, sus diferencias y que régimen se aplica a la luz de la figura del control de convencionalidad.

METODOLOGÍA:

La investigación se desarrolló mediante el método histórico-hermenéutico, apoyado en la descripción, el análisis y la crítica, en virtud de demostrar un problema jurídico-social actual por el estado del conflicto armado que vive el país, y las constantes muertes y lesiones de miembros de la fuerza pública en combate o como consecuencia de actos terroristas.

CONCLUSIONES: Han sido cuidadosos el Consejo de Estado y los Tribunales Contenciosos Administrativos en el estudio de las consecuencias jurídicas de la guerra irregular en Colombia, con relación a los miembros de la Fuerza Pública. En principio se limitaron a determinar la existencia de la responsabilidad si la lesión o muerte eran producto de acciones distintas a las de la guerra, circunscribiendo la responsabilidad a la falla presunta del servicio para los soldados que se encontraran en instrucción y entrenamiento, y, en caso de combate irregular, a que la lesión y daño fuera producto de actos distintos al combate, producto de una eventual falla del servicio. Luego se extendió a la omisión en los abastecimientos y a la obsolescencia de los medios empleados para

afrontar el conflicto armado, avance significativo pero que no profundizó sobre los problemas de las operaciones militares y de policía. El tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, al resolver una demanda por la toma de la base de las delicias, se abstuvo de condenar al Estado por considerar que se configuraba la culpa de un tercero en la producción del daño, las FARC, pero no analizó si había o no responsabilidad del Estado por las irregularidades cometidas en el transcurso de la operación Militar, tampoco tuvo en cuenta la aplicación del control de convencionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política, ya vigente para la época del asalto y del proceso judicial, como una obligación constitucional a cargo del juez y de los servidores públicos. La procuraduría tampoco ha prestado un eficiente servicio en este tema, porque confunde acto terrorista con el de guerra irregular. Pues bien, se concluye en el trabajo que el tratamiento jurídico para el caso de los actos terroristas debe ser distinto del utilizado para la guerra irregular, la cual queda inmersa en el concepto de conflicto armado interno, teniendo en cuenta el test de proporcionalidad que estableció el mismo Consejo de Estado a través de la jurisprudencia resiente, porque en aquel se parte de la imprevisibilidad del atentado o ataque, siendo responsable el Estado cuando existe la noticia del hecho futuro y no adopta las medidas para evitarlo o contrarrestarlo, incumpliendo la obligación de prevenir consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por el contrario, en el caso de la guerra irregular y más aún del conflicto armado interno, los ataques son previsibles, en consecuencia, no puede exculparse la administración con fundamento es este argumento, porque siempre serán objeto de ataque las bases militares, por estar ubicadas en áreas de conflicto, o lo que es lo mismo, las bases militares en un conflicto armado interno se ubican en donde tiene presencia el enemigo con el propósito de reducir su actuación, detenerlo o destruirlo, por lo tanto los ataques a las bases allí ubicadas son más que previsibles. Además de lo anterior, se concluye que en los casos de guerra estamos frente a una responsabilidad pública, diferente a la responsabilidad administrativa, porque quien actúa es la Nación. En los casos de guerra irregular si los comandantes, en los distintos niveles, no aplican los reglamentos, le crean una carga adicional a los miembros de la fuerza pública, superior a la que el mismo riesgo de la prestación del servicio militar y de seguridad conllevan, que, en últimas, generan la responsabilidad del Estado por el daño que esa sobrecarga produzca en los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado y su familias, además de que se incumplen las obligaciones del *Estado Garante*. Adicionalmente a lo anterior, ante la aplicación de las normas convencionales, los miembros de la Fuerza Pública pueden asumir la posición de víctimas del conflicto armado interno porque en su condición de ciudadanos soldados, se convierten en sujetos activos de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales aprobados por Colombia. Se analizó la Política Pública de Seguridad Integral para la Prosperidad, encontrando que esta obligación convencional, ligada a la aplicación del mismo artículo 93 de la Constitución Política y de la Convención Americana de Derechos Humanos, no incluye elementos de prevención para evitar la violación de los derechos humanos de los miembros de la fuerza pública, quienes además no han sido capacitados para ejecutarla, circunstancia esta que se traduce en la asunción de riesgos por desconocimiento del ejecutor de la política de seguridad.

ABSTRACT

The development of the research was based on the need to structure and define some general concepts about democracy, state, policy, public policy, the elements and characteristics of the latter, to then enter to analyze the evolution of state responsibility.

A comparative analysis of the liability regimes of the state was performed, taking as a basis the French thesis, which was started at the time of the service failure, the alleged service failure, the exceptional risk and the special damage, which were adopted by Colombia through the Council of State in several judgments. Similarly, it was analyzed, the phenomenon of liability in the common law, bringing writers like Jules Coleman, which suggests that this right is also part of an alleged liability of the victim who has no legal duty to support the damage.

With the entry into force of the 1991 Constitution, the constitutional concept of liability clause unlawful damage was introduced, brought from the Spanish thesis, according to which the unlawful damage is consolidated when the victim who suffers it, has no legal obligation to endure it.

The modification of liability based on the concept of unlawful damage makes the legal operator set eyes on the victim, who assumes the main role within the new equation of responsibility, with the understanding that it is the victim who must surround the state and its officials to seek truth, justice and reparation.

By laying eyes on the victim, the State Council should apply the principle of conventionality enshrined in Article 93 of the Constitution, under which it must be applied to domestic law and preferably, the rules of international agreements signed by Colombia where human rights are protected and defended.

From this fundamental aspect, the equation of responsibility changes becoming flatter, with the understanding that is defined in a first step whether the harm suffered by the victim is unlawful or not and, if so, whether it is attributable or not to a public official, a public entity, public property or, if you will, to the nation or the state, for the emergence of the duty to repair.

On this last point of repair, it evolved into the comprehensiveness of it, leaving behind the mere concept of compensation, which left out other elements that allow the victim to reach a repair, if not full, at least comprehensive of the damages suffered.

Thus, were included in the comprehensive repairs the concepts of restitution of assets, compensation for material and immaterial damages, measures of satisfaction, the guarantee of non-repetition, the obligation to adopt public policies and rehabilitation measures where these are necessary.

I draw attention into the concept that even if it is true that there is progress by including some of the elements mentioned in the preceding paragraph, the jurisdiction fell short as to the need for the adoption of prevention policies, which have not been adopted by the government, regardless of knowing the established existence of processes for damages against the State as a result of the acts of war and terrorism.

The State Council and the Administrative Litigation Courts Have been careful in the study of the legal consequences of irregular warfare in Colombia, with respect to members of the security forces. At first they were limited to establishing the existence of liability if the injury or death were the product of actions other than those of war, restricting the responsibility for the alleged failure of service for soldiers who were in education and training, and If in irregular combat, the injury and product damage outside events other than combat, product from an eventual failure of the service. Then the omission was later extended to the supplies and the obsolescence of the means employed to address the armed

conflict, a significant progress, but it did not elaborate on the problems of military and police operations. The Administrative Court of Nariño, when settling a lawsuit over the taking of the *Las Delicias* base, declined to condemn the State by considering the fault of a third party in which the loss was configured, the FARC, but it did not analyzed whether there was responsibility of the state for the irregularities committed during the military operation, also disregarded the application of control of compliance enshrined in Article 93 of the Constitution, as in force at the time of the assault and the judicial process, as a constitutional obligation of the judge and the public servants. The office of the Special Prosecutor has not provided an efficient service either in this topic because it confuses a terrorist act with irregular warfare.

Well, it is concluded during the work that the legal treatment in the event of terrorist acts must be different to that of irregular warfare, which is embedded in the concept of internal armed conflict, taking into account the proportionality test established by the same State Council through recent jurisprudence, because at that point is the unpredictability of the attack or attacks, being the State responsible when there is news of the future event and does not take steps to prevent it or counteract it, in breach of the obligation to prevent enshrined in the American Convention on Human Rights. By contrast, in the case of irregular warfare and further of the internal armed conflict, the attacks are predictable, therefore, cannot the administration cannot be exculpated by the rationale is this argument, because military bases will always be under attack, for being located in areas of conflict, or what is the same, the military bases in an internal armed conflict are located where the enemy is present with the purpose of reducing their performance, stop them or destroy them therefore the attacks on those bases are more than expected.

Besides the above, it is concluded that in cases of war, we are facing a public liability different from an administrative liability, because who acts is the Nation. In cases of irregular warfare if the commanders at the various levels, don't apply the regulations, they create an additional burden for the members of the security forces, higher than the risk of military service and security, that ultimately, generate the responsibility of the State for

damage occurs due to that overload of the members of the security forces of the state and its families, and the obligations of the *Guarantor State* are violated.

In addition to the above, before the application of the conventional rules, members of the security forces can assume the position of victims of the armed conflict because in their capacity as citizen soldiers, become active subjects of the human rights enshrined in international treaties approved by Colombia. Integral Public Security Policy for Prosperity was analyzed, finding that this treaty obligation, linked to the application of the Article 93 of the Constitution and the American Convention on Human Rights does not include elements of prevention to avoid the violation of the human rights of members of the security forces, who also have not been able to execute it, a circumstance that translates into risk-taking ignorance of the executor of the security policy.

INTRODUCCIÓN

“La guerra es reconocida como la más brutal actividad del hombre, donde por esencia todas las normas tienden a quebrarse; de ahí que siempre hayan existido sectores interesados en ponerle límites, establecerle reglas y pactar condiciones”¹.

Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional han venido afrontando el conflicto armado interno en representación de la sociedad a la que pertenecen. Para ello, desde el surgimiento del conflicto, cada gobierno de turno ha diseñado unas políticas públicas de gobierno, que no de Estado, tendientes a contrarrestar el actuar de los grupos armados al margen de la ley, buscando doblegar sus estructuras para con esto buscar un tratado de paz. Este conflicto se ha venido desarrollando dentro de una guerra irregular, entendiendo por ésta la que se libra entre las fuerzas regulares o Constitucionales en contra de los grupos armados insurgentes, de autodefensa o paramilitaristas, es una guerra de guerrillas.

Esta modalidad de confrontación tiene su génesis con el surgimiento de la misma humanidad, sólo los seres humanos ejecutan la confrontación bélica. Los grupos armados insurgentes o *guerrillas*, surgen desde los tiempos de Espartaco en contra del imperio Romano en el siglo I a.c., pasando luego por la resistencia española contra el ejército napoleónico entre 1808 y 1814, siguiendo con MAO TSE TUNG y la revolución castrista en Cuba, entre otros.

La guerra irregular es diferente a la guerra regular. Esta última se desarrolla entre las fuerzas militares de dos o más Estados, se utilizan las diferentes fuerzas militares, esto es, fuerza aérea, armada y ejército, y dentro de ellas las diferentes armas que los componen, es decir, infantería, caballería, artillería, ingenieros, inteligencia, logística, etc.

¹JARAMILLO, Carlos, “Conflicto armado en Colombia”, en *Revista Semana*, Bogotá, No. 1.068, 21 de octubre 2002, Pág. 50.

Luego podemos concluir que las tácticas y las técnicas de guerra varían de una a otra, naciendo, eventualmente, responsabilidades distintas del Estado por los daños que sufran los miembros de la fuerza pública, dependiendo de la confrontación que se libre o desarrolle.

Por naturaleza y mandato Constitucional, el mantenimiento del orden público interno está atribuido y es responsabilidad de la Policía Nacional, partiendo para ello de la génesis del concepto mismo, en el que se concibió como el *Estado Policía*, sobre el que Luciano Parejo Alfonso expuso: *“La fundamentación teórica del ‘Estado Policía’ descansaba en la imposibilidad del reconocimiento por el súbdito –dada la limitación de su razón- para reconocer su derecho y felicidad propios (Ch. Wolff). Su primer sistematizador es J.H.G. Von Justi (Grundsätze der polizeniwissenschaft, Gotinga 1756), que definía la policía como todo lo que puede contribuir a la felicidad de los ciudadanos y, principalmente, a la conservación del orden y de la disciplina, los reglamentos que miran a hacerles la vida más cómoda y a procurarles las cosas que necesitan para subsistir”*² y sostiene el mismo autor sobre la Policía y el Estado de derecho que la *“La reducción de la policía a sus estrictos y actuales límites es el resultado del alumbramiento y la afirmación progresiva del Estado de Derecho, sobre la base fundamentalmente de la división de poderes. En éste la policía pasa a ser, en efecto y gracias a y sobre la base de la evolución antes descrita, una función estatal, concretamente aquella asumida y desarrollada por determinada organización administrativa para la prevención/defensa (subsidiaria) de frente a peligros para la seguridad o el orden público, sobre la base de habilitaciones generales o específicas y mediante órdenes (generales o concretas) y medios de coacción regulados por la Ley formal y cuya legalidad es revisable en sede contencioso administrativo”*³, que, sin embargo en Colombia, como consecuencia del mismo desarrollo histórico, se le asignó esa responsabilidad al Ejército Nacional, el cual, en algunas ocasiones acompañado por las otras armas, ha venido adelantando las operaciones militares necesarias para contrarrestar la

² PAREJO Alfonso, Luciano, Seguridad pública y derecho administrativo, Madrid, Ciudad Argentina – Marcial Pons, 2001, p. 18 y 19

³ PAREJO Alfonso, Luciano, Seguridad pública y derecho administrativo, Madrid, Ciudad Argentina – Marcial Pons, 2001, p. 21 y 22

acción de los grupos subversivos y de autodefensa, por ejemplo en la recuperación de la zona de distensión, en la que se utilizó el apoyo de la fuerza aérea para lograr el objetivo perseguido, o en las operaciones actuales, en donde se emplean Fuerzas de Tarea, integradas por componentes del Ejército Nacional, La Fuerza Aérea y la Armada, para adelantar operaciones conjuntas en contra de objetivos específicos.

Para la atención de las operaciones de contra - insurgencia el Ejército ha implementado varios reglamentos y manuales por medio de los cuales se precisan instrucciones sobre la conducción de las operaciones móviles y fijas en contra de los grupos armados al margen de la ley, partiendo de un supuesto básico de responsabilidad a saber: “... *El comando del Ejército continúa viendo con preocupación el incumplimiento de las normas, directrices y reglamentos por parte de algunos comandantes que en forma irresponsable y en otras ocasiones por falta de conocimiento llevan a sus hombres a emboscadas con consecuencias funestas y con pérdida de la confianza de la población en la capacidad operacional de las Fuerzas Militares...*”⁴ de donde podemos concluir que los comandantes de las unidades que realizan operaciones, bajo un sistema jerárquico, deben cumplir con las normas, directrices y reglamentos en el desarrollo de las operaciones a ellos asignadas, las cuales, de suyo, se constituyen en normas y procedimientos de obligatorio cumplimiento, como compuesto o componente de la política pública de seguridad, lo que nos permite estudiar si la falta de aplicación o la aplicación indebida de las mismas, genera responsabilidad del Estado por las lesiones patrimoniales y extrapatrimoniales que sufran sus propios funcionarios, en éste caso los miembros de la fuerza pública y sus familias, o si, por el contrario, el Estado en estos eventos carece de responsabilidad.

Se maneja hoy por hoy, bajo la tutela del nuevo ordenamiento constitucional, la teoría del daño antijurídico, pero no se maneja con claridad por parte de la doctrina y la jurisprudencia para definir cuando éste se aplica por los hechos de la guerra y cuando por los actos terroristas, asimilando los unos con los otros, sin distingo claro, debiendo

⁴ REGLAMENTO de operaciones en combate irregular, presentación, Bogotá, Imprenta Fuerzas Militares, 1999, p.6

responder, a lo largo de éste trabajo, ¿en qué consiste ese daño antijurídico?, ¿existiendo la confrontación armada podemos pregonar la existencia de un daño antijurídico para los miembros de la fuerza pública?

Así mismo, frente a la responsabilidad del Estado y el nuevo ordenamiento constitucional, se deberá estudiar y determinar las implicaciones del control de convencionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política, su aplicación frente al reconocimiento de la existencia del conflicto armado interno y su aplicación frente a la ocurrencia de atentados terroristas, en los que las víctimas sean los miembros de la fuerza pública.

La doctrina y la jurisprudencia se han preocupado por avanzar en la construcción de regímenes de responsabilidad para indemnizar el daño que se ocasiona a los particulares y a los servidores públicos por parte de la actuación del Estado, teniendo como fundamento para ello la teoría francesa de la falla del servicio y, en la actualidad, incorporando los conceptos de daño antijurídico e indemnización integral. En éste sentido muy poco se ha dicho acerca de la responsabilidad del Estado frente a los miembros de la fuerza pública por los hechos de las operaciones militares en la guerra irregular, razón básica de éste trabajo, el cual, cumpliendo con los objetivos de la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto Universitario de Investigaciones José Ortega y Gasset, dentro de su programa de doctorado en Gobierno y Administración Pública, pretende darle un cimiento jurídico y doctrinal que permitan evaluar el grado de responsabilidad en la ejecución de las operaciones militares y se tenga claro el alcance de esa responsabilidad.

El trabajo se desarrolló haciendo, en primera medida, un rastreo bibliográfico, recopilando textos nacionales y extranjeros que desarrollaran las distintas teorías de la democracia, las políticas públicas, las diferentes teorías de la responsabilidad extracontractual del Estado, se recopilaron jurisprudencias relacionadas con el tema y se adelantó un trabajo de campo aplicando una encuesta a 120 miembros de las Fuerzas Militares, así mismo se hicieron entrevistas a oficiales de las Fuerzas Militares, tanto en servicio activo, como en uso de

buen retiro, con reconocidos docentes y juristas, para llevar a buen término la investigación.

Se hizo un análisis del control de convencionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política y en las normas internacionales, para determinar la incidencia en la ecuación de la responsabilidad del Estado y si, con su aplicación, los regímenes de responsabilidad se mantienen, modifican o desaparecen.

Así mismo se tomó la política pública de seguridad integral para la prosperidad y se hizo un análisis juicioso de su contenido, se recopiló la información de las leyes, decretos y resoluciones por medio de los cuales se ha ejecutado para determinar si existen en la política pública elementos de prevención frente a la violación de derechos humanos de los miembros de la fuerza pública como consecuencia de los hechos de la guerra en el conflicto armado, o como producto de los atentados terroristas.

En últimas se pretende con este trabajo analizar la posición de los miembros de la fuerza pública frente al Estado cuando sean víctimas de la lesión de sus derechos humanos. En caso tal de considerarse víctimas, ahondar en la responsabilidad del Estado y determinar bajo que figura se puede atribuir tal responsabilidad, analizando la ecuación de la responsabilidad bajo el espectro del control de convencionalidad y analizando la política pública de seguridad para la prosperidad bajo esa perspectiva, adelantando un trabajo de campo para verificar el conocimiento que sobre ella tienen los miembros activos de la fuerza pública y si conocen o no los efectos de la misma y de la responsabilidad como tal.

Espero con este trabajo contribuir a mejorar las políticas públicas de prevención ya generar una inquietud de conocimiento en los miembros la fuerza pública, con relación a la responsabilidad del Estado y las obligaciones profesionales que adquieren ellos en la ejecución de la política pública de seguridad para la prosperidad frente a sus subalternos, superiores, compañeros y ciudadanía en general.

1. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES Y DOCTRINALES

1.1. Democracia, concepto y evolución

La noción de democracia encierra un profundo significado filosófico-político. Por ejemplo, la pronunciada por Abraham Lincoln a mediados del Siglo XIX, “*Democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*”. Sin duda, encierra todo un significado de democracia popular pura, el pueblo elige el gobierno, que gobierna a través de sus representantes y estos, a su vez, ejercen el mandato en beneficio del pueblo que los eligió. La democracia, así entendida, hace relación a un gobierno al servicio del pueblo y a un pueblo al servicio del gobierno. El pueblo elige a su gobernante, como primer *mandatario*. Esto significa que se trata de una forma de gobierno opuesta al gobierno de las élites o minorías, sean económicas, intelectuales, laborales, religiosas o de cualquier otra índole.

La noción de democracia ha sufrido diversas variantes o especificidades, según cada uno de los académicos que ha venido profundizando en el tema. Como muestra de estas nociones se destacan:

a) La definición mínima de Democracia de Norberto Bobbio

Para Bobbio, la Democracia es un gobierno opuesto a todas las formas de gobierno autocrático (MONARQUÍA y DICTADURA), que se soporta en la decisión de las mayorías y que se caracteriza porque la facultad de tomar decisiones recae en un número muy elevado de personas dentro de esa colectividad. La regla se sustenta en que las decisiones se consideran colectivas y, por tanto, obligatorias para todo el grupo, por cuanto son aprobadas al menos por la mayoría de quienes deben tomar la decisión.

Las condiciones de seguridad, imparcialidad y transparencia se constituyen en el marco determinante que le permitan a los ciudadanos ejercer el derecho de elegir entre alternativas reales, si se tienen como concordantes otros derechos y libertades, como el de asociarse o

fundar partidos y movimientos políticos, hoy consagrado en el bloque de constitucionalidad y en nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 40 de la Constitución Política. Expresarse libremente y acceder libremente a la información, entre otros, es decir, los derechos del Estado Liberal.

La democracia se traduce en una forma de gobierno en el que la mayoría escoge a su gobernante y este, a su vez, queda sometido al mandato de esa mayoría y a las leyes que limitan tal ejercicio del poder conferido mediante el establecimiento de normas constitucionales que impidan el ejercicio abusivo del mismo, como la inclusión de reglas procedimentales (debido proceso) y principio de legalidad, entre otras.

La definición de Democracia de Bobbio tiene las siguientes características:

- Número muy elevado de personas que deciden o regla de la mayoría;
- Alternativas reales para la selección o escogencia, participación y pluralismo;
- Derechos civiles y políticos garantizados para la elección;
- Gobierno de leyes que limitan el ejercicio del poder, Estado de Derecho.

b) La Teoría Pluralista de la Democracia o “Poliarquía” de Robert Dahl

Dahl denomina a la democracia “*Poliarquía*”, que es la democracia representativa o régimen político caracterizado por dos elementos esenciales:

- 1) La liberalización o debate público que implica, para la ciudadanía, la capacidad de oponerse libre y abiertamente al gobernante.
- 2) La representación o participación, que implica, para los ciudadanos la facultad de elegir al gobernante, de participar abierta y libremente en el proceso de elección de los gobernantes⁵

La primera característica, que diferencia la democracia de otros regímenes, le permite al

⁵ DAHL, Robert, La poliarquía, participación y oposición, Madrid, Tecnos, 1989, p. 18

ciudadano debatir con el gobierno los temas públicos de una manera abierta y libre. El gobierno, por su parte, debe garantizarle a aquellos el derecho a disentir, derecho que ejerce la oposición al régimen, sin que implique represalias para ellos. La segunda se constituye en la diferencia de la democracia con las dictaduras, porque en esta última no existe para nadie el derecho de elegir y ser elegido y, mucho menos, el de oponerse al gobierno y, eventualmente, hacerlo destituir mediante el voto.

Destaca Dahl dos elementos esenciales de la democracia: el sufragio universal, que lo denomina inclusivo y la oposición al gobierno mediante el voto.

Dahl indica que la poliarquía se caracteriza, según su entender, porque:

- ✓ El control de las decisiones en materia de políticas públicas le corresponde a los funcionarios electos. Por eso, se dice que su modelo es de democracia representativa. No hay participación activa del ciudadano en la estructuración, implementación, desarrollo y ejecución de la política pública.
- ✓ Elecciones libres, periódicas y competitivas para garantizar la participación en el ejercicio del poder político.
- ✓ Sufragio inclusivo, todos los mayores de edad pueden participar en el proceso electoral.
- ✓ Derecho a ocupar cargos públicos o sufragio pasivo, porque todos los adultos tienen derecho a ocupar cargos públicos en el gobierno.
- ✓ Libertad de expresión.
- ✓ Libre acceso a la información. Existen varias fuentes de información: Se encuentran medios informativos alternos a los del Estado.
- ✓ Autonomía Asociativa. Los ciudadanos pueden constituir asociaciones u organizaciones relativamente independientes, para defender y promover derechos e intereses sociales, entre ellas, partidos políticos y asociaciones.

Para Dahl, estas características deben ser reales y no solamente nominales o hipotéticas. Es

decir, es necesario que estén consagradas constitucional y legalmente y deben también ser vividas en la sociedad, aplicadas por los ciudadanos y respetadas por las autoridades. Las autoridades están instituidas para garantizarle al ciudadano el ejercicio de las prerrogativas antes mencionadas.

c) La democracia “libertad”⁶ de Félix Ovejero:

Se llama así, porque para Ovejero, la democracia debe garantizar la libertad, y se parte prácticamente del mismo postulado de Hannah Arendt con relación al significado de política⁷. Para Ovejero, la democracia tiene que ver con las decisiones públicas a través de la participación, deliberación y de la inclusión de los valores cívicos. Por su parte, el liberalismo afirma la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos frente a las decisiones colectivas, reivindicar la libertad negativa, como el derecho a no ser interferido por los otros, en contraposición con la libertad positiva y entender el derecho de participar activamente en la vida política de la nación⁸. El autor critica la democracia representativa porque considera que las decisiones políticas, en últimas, son el resultado de procesos de negociación y argumentación entre los representantes, con autonomía e independencia de sus electores. Ovejero expone la existencia de una democracia liberal mixta, que parte de dos características, la deliberación y la virtud.

Es claro que para deliberar, se debe ser virtuoso y dirigir el compromiso con el interés público y la disposición cívica⁹. Para concluir que la crisis de la democracia radica en la defensa incondicional del mercado; la crítica, a la intervención de bienestar; la desconfianza, hacia la participación democrática y el desprecio, hacia las ideas más elementales de igualdad, que son postulados y van en contra del liberalismo, que debe ser criticado y restaurado para defender la libertad real, la libertad de ser dueños de nuestras

⁶ DUQUE Casas, Jaime Alberto, apreciación personal

⁷ ARENDT, Hannah, la promesa de la política, Barcelona, Paidós, 2008

⁸ OVEJERO, Félix, La libertad inhóspita, modelos humanos y democracia liberal, Barcelona, Paidós, 2002, p. 153

⁹ ARENDT, Hannah, la promesa de la política, Barcelona, Paidós, 2008 p. 171

vidas, para que la libertad de cada uno sea la libertad de todos¹⁰.

d) La Democracia competitiva de Joseph A. Schumpeter

Shumpeter considera a la democracia como un método político institucionalizado que se basa en la competencia de partidos para llegar a las decisiones políticas. En ella, los ciudadanos utilizan ese método para elegir a sus líderes. Los partidos políticos, dentro de este modelo, se definen por su lucha competitiva, por su poder político y no por sus puntos programáticos, son los aparatos para regular y ejercer la competencia política y alcanzar el poder de gobernar.

La democracia *shumpeteriana* exige libertades para todas las personas de competir por el liderazgo, como lo son la amplitud de discusión y la libertad de prensa. Por otro lado, Shumpeter plantea la importancia de las élites en la democracia, consistentes en los mismos partidos, la burocracia y los políticos que dominan el ejercicio democrático sobre las masas, sobre el pueblo. Es por eso, por lo que según este autor, la supervivencia de la democracia en las sociedades dependerá más de los compromisos de las élites con el método democrático, que de la influencia de las masas electorales, consideradas, por este autor, como pasivas. De allí, que muchos denominan a esta teoría democrática, teoría del “elitismo competitivo”.

e) La Independencia de los Poderes de Maurice Duverger

Para Duverger, la democracia es *“el régimen en el cual los gobernantes son escogidos por los gobernados, por medio de elecciones sinceras y libres. Sobre este mecanismo de selección, los juristas han desarrollado, siguiendo a los filósofos del siglo XVIII, una teoría de representación, dando el elector al elegido un mandato para hablar y actuar en su nombre, de esta manera, el parlamento, mandatario de la nación, expresa la soberanía*

¹⁰ ARENDT, Hannah, la promesa de la política, Barcelona, Paidós, 2008 p. 266

Nacional”¹¹. Vista así la democracia tiene como esencia el sufragio universal y el control del Poder Ejecutivo por las leyes y los otros poderes (legislativo y judicial), para salvaguardar las libertades de los ciudadanos. Destaca el autor los siguientes elementos, que parte de la base de la existencia del derecho a la participación control y ejercicio del poder político a través de los partidos políticos, así:

- ✓ Sufragio universal.
- ✓ Parlamento independiente (Separación de los poderes).
- ✓ Jueces independientes para la aplicación de las normas (Estado de Derecho).

f) Democracia moderna de Alain Touraine

Para el sociólogo francés, la democracia es *“el régimen político que permite a los actores sociales formarse y obrar libremente. Los principios constitutivos de la democracia son los que rigen la existencia de los actores mismos. Sólo hay actores sociales si se combinan la conciencia interiorizada de derechos personales y colectivos, el reconocimiento de pluralidad de los intereses y las ideas, especialmente de los conflictos entre dominadores y dominados y, finalmente, la responsabilidad de cada uno respecto de orientaciones culturales comunes”*¹² El profesor Touraine sintetiza lo anterior en tres principios:

1. El reconocimiento de derechos fundamentales que el poder debe respetar.
2. La representatividad social de los dirigentes y de su política.
3. La conciencia de la ciudadanía de pertenecer a una colectividad fundada en el derecho.

Los derechos de los ciudadanos son necesarios para limitar el poder del Estado, si se parte desde la elección del gobernante y con la oposición de la democracia al autoritarismo y la arbitrariedad.

¹¹ DUVERGER, Maurice, los partidos políticos, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 378

¹² TOURAINE, Alain, Crítica de la modernidad, Fondo de Cultura económica, primera reimpresión, Bogotá, 2000, p. 321

La representatividad hace referencia a la existencia y reconocimiento de grupos sociales de los cuales, los dirigentes o gobernantes son sus representantes o instrumentos de aquellos. El gobernante tiene que reconocer la pluralidad de intereses, la pluralidad de actores políticos y sociales. La representación social de los dirigentes se opone a la oligarquía y pregona la igualdad social, no la real ante la vida, ni la retórica ante la ley.

La ciudadanía hace referencia a que los electores son considerados como ciudadanos, que influyen y pueden influir en las normas y decisiones colectivas. Es sentirse parte importante de una colectividad, es la conciencia de ser miembros de una colectividad político-territorial. Lo que se opone a una sociedad donde sólo hay conciencia de comunidad, de ser únicamente miembro de un gremio, de una familia, de una etnia, etc. La ciudadanía le da derecho a la persona a participar en el ejercicio y control del poder político, además de intervenir en la toma de las decisiones que lo afectan y en la vida administrativa de la nación.

La definición de Touraine va más allá del sufragio. Para el autor francés, la democracia se exterioriza como forma de gobierno cuando los gobernantes reconocen la amplia diversidad y pluralidad de intereses sociales, lo cual contraría a los gobierno de élites, preocupación también de Dahl. Democracia es también para Touraine sentirse parte importante, miembro activo de una colectividad político-territorial y refleja la importancia que le da el autor a la participación de los ciudadanos en estas entidades político-territoriales para conformar la democracia como gobierno.

g. La Democracia en tres dimensiones de Jürgen Habermas

Habermas recuerda constantemente que *“no hay democracia, sino se escucha y reconoce al otro, sino se busca lo que tiene un valor universal en la expresión subjetiva de una preferencia. La deliberación democrática [...] supone ante todo que se reconozca cierta validez a la posición del otro, salvo en el caso en que este se coloque clara y*

*voluntariamente más allá de las fronteras de la sociedad*¹³

Para Habermas, el debate democrático combina tres dimensiones:

1. El consenso, que es la referencia a las orientaciones sociales comunes.
2. El conflicto, que opone a los adversarios.
3. El compromiso, que combina ese conflicto con el respeto a un marco social, en particular jurídico, que lo limita.

h. La democracia agregativa y deliberativa de Jon Elster y Joshua Cohen

Estos autores parten de la base de entender que la legitimidad democrática y política para ejercer el poder estatal debe surgir de decisiones colectivas de los miembros iguales de una sociedad.

Consideran que la democracia tiene dos concepciones que se diferencian por sus interpretaciones de la idea fundamental de decisión colectiva:

1. Democracia agregativa: Las decisiones son colectivas siempre que surjan de disposiciones de elección colectiva vinculante que otorguen igual consideración, esto es, que sean positivamente sensibles a los intereses de cada persona vinculada por la decisión.
2. Democracia deliberativa: Una decisión es colectiva siempre que surja de disposiciones de elección colectiva vinculante que establezcan condiciones de razonamiento libre y público entre iguales que son gobernados por las decisiones.

En esa orientación, encuentran los autores algo más importante y que abordan el concepto moderno de participación, más que de deliberación, al exponer:

¹³ TOURAINE, Alain, *Crítica de la modernidad*, Fondo de Cultura económica, primera reimpresión, Bogotá, 2000, p. 331

“Dado que los requisitos para el razonamiento público libre entre iguales no se limitan a ser políticos –no sólo tiene que ver con la organización de Estado- la democracia, en la perspectiva deliberativa, no es exclusivamente una forma política; es un marco de disposiciones sociales e institucionales que: 1) Facilitan el razonamiento libre entre ciudadanos iguales al suministrar, por ejemplo condiciones favorables para la expresión, asociación y participación, a la vez que aseguran que los ciudadanos sean tratados libres e iguales. 2) Vinculan la autorización para ejercer el poder público y el ejercicio mismo a ese razonamiento público, al establecer un marco que asegure la comprensión y la responsabilidad del poder político ante él por medio de periódicas elecciones competitivas... En la democracia deliberativa no se trata simplemente de asegurar una cultura pública de discusión razonada acerca de los asuntos políticos, ni tampoco de fomentar la mera conjunción de esa cultura con instituciones democráticas convencionales como el voto, los partidos y las elecciones. La idea es más bien vincular de modo manifiesto el ejercicio del poder a condiciones de razonamiento público: Establecer ‘todas esas condiciones de comunicación bajo las cuales puede llegar a darse una formación discursiva de voluntad y opinión de parte de un público compuesto por ciudadanos de un estado’ y generar ‘poder comunicativo’, o sea el peso institucionalizado de esa voluntad y de esa opinión sobre el ejercicio del poder político”¹⁴

Los conceptos expuestos por estos dos tratadistas implican una participación activa del ciudadano en la vida administrativa. Es decir, participan activamente en la producción de los actos de administración de los asuntos públicos.

Conclusión preliminar: Estos elementos, que pudieran conformar una definición contemporánea de democracia, reflejan que para la teoría democrática actual, el gobierno democrático es un gobierno representativo, pero con un importante matiz participativo y deliberativo, en el que los ciudadanos participan activamente en los asuntos de gobierno, no solo en la construcción, implementación y desarrollo de políticas públicas, sino en la

¹⁴ ELSTER, Jon, COHEN, Joshua, la democracia deliberativa, primera edición, Barcelona, Gedisa editorial, 2001, p. 235, 236 y 237

producción de los actos de administración. Es decir, en la formación, producción, promulgación y ejecución de los actos administrativos.

La democracia moderna, en su evolución propia, debe ser igualitaria y pluralista y solo alcanza esas características cuando permite que el ciudadano delibere y participe con el funcionario público en los asuntos de gobierno y de administración de la cosa pública, no se puede concebir un modelo democrático moderno sin la participación igualitaria de todos los ciudadanos en los asuntos que los afectan y, en general, en la vida administrativa de la Nación.

El concepto de democracia es condicionante del concepto de Guerra y contrario al de subversión.

En otras palabras, la democracia ha evolucionado con el fin de prevenir y evitar la confrontación armada interna y externa, encontrando sustento en los acuerdos internacionales y en la evolución que el concepto de la declaración de guerra a tenido a nivel mundial. En efecto, como lo sostiene *Alex J. Bellamy* en su estudio *Guerras Justas*, la sociedad internacional tiene como base el reconocimiento mutuo de los Estados que están vinculados por un conjunto de normas, tratados internacionales, de los cuales se desprende el reconocimiento mutuo de soberanía y la aplicación del principio de no intervención. Pero además de lo anterior, expone el efecto de la democracia en la toma de la decisión de participación en una confrontación armada, exponiendo lo siguiente: “... *la obligación de justificar sus actos restringe el recurso a la guerra. Jeremy Bentham (1962:546-560) – en un argumento del cual hicieron eco muchos liberales después de la Primera Guerra Mundial – sostuvo que si los líderes políticos tuvieran la obligación de hacer públicas sus razones para iniciar una guerra, sometiéndolas al escrutinio interno e internacional, tendrían menos posibilidades de iniciar guerras abiertamente injustas. Así mismo, los teóricos de la ‘paz democrática’ argumentan que es menos probable que los Estados democráticos inicien guerras injustas, en parte porque sus gobiernos tienen que lograr*

*consenso político interno para hacerlos están limitados por normas legales...*¹⁵ Por lo demás, si la democracia es fuerte, no existe razón de ser para que se levanten movimientos subversivos, porque todos los ciudadanos tienen la posibilidad de debatir abiertamente sus ideas políticas y porque pueden ejercer, con las limitaciones constitucionales y legales, el derecho fundamental de participación control y ejercicio del poder político.

Frente a este aspecto, si tomamos en consideración la teoría de Robert Dahl, podemos concluir que a mayor deliberación o debate público, que implica para la ciudadanía la capacidad de oponerse libre y abiertamente al gobernante y, a mayor representación o participación, que implica, para los ciudadanos la facultad de elegir al gobernante, de participar abierta y libremente en el proceso de elección de los gobernantes¹⁶, es decir, de ejercer libremente el derecho fundamental de participación, control y ejercicio del poder político, menores posibilidades habrá para que se pueda generar un conflicto armado interno o que se pueda generar un conflicto armado externo, limitándose estos últimos a la estricta defensa de la soberanía y del territorio.

1.2. La política y las políticas públicas

Para iniciar, es conveniente traer a colación la cita de James W. Davis en la obra de Ferrel Heady: “... *el núcleo de la administración es la política y las políticas públicas... la administración pública puede definirse como la formulación, realización, evaluación y modificación de la política pública*”¹⁷ ¿Por qué la inclinación por esta última definición? Porque, sin lugar a dudas, la administración pública formula, implementa, desarrolla, evalúa, modifica y ejecuta las políticas públicas, sean de carácter estatal o gubernamental y lo hace a través de *los actos administrativos*.

La política y las políticas públicas tienen relación directa con la administración pública,

¹⁵ BELLAMY, Alex J. Guerras Justas, de Cicerón a Iraq, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 205 y 206

¹⁶ DAHL, Robert, La poliarquía, participación y oposición, Madrid, Tecnos, 1989, p. 18

¹⁷ HEADY, Ferrel, Administración Pública, una perspectiva comparada, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 35

pero son diferentes entre sí. En efecto, la política es un término general que significa detentación de poder, las políticas públicas hacen relación a la solución política de problemas sociales puntuales y la administración pública se constituye en el instrumento por medio del cual se aplican esas políticas públicas.

El concepto de *política* ha tenido variaciones y, no en pocas ocasiones, se toma en sentido despectivo, así se tienen variables como *politiquería* o *manzanillismo*, que nada tiene que ver con el término original.

Para Aristóteles, *la política* se constituye en el arte de la *persuasión*, por cuanto se dirige a una multitud, mientras que la *dialéctica* sólo es posible en diálogo entre dos¹⁸. En estos términos, *la política es un medio para conseguir un fin, no tiene un fin en y por sí misma*. Como lo expone Hannah Arendt, “*el fin apropiado de la política es en cierto sentido su opuesto, a saber, la no participación en los asuntos humanos...*”¹⁹

De este postulado y de la evolución dada por otros filósofos y pensadores, se pasó a la jerarquización de la política, vista de la siguiente manera:

“*La transformación [...] de la acción (entiéndase competencia*) de gobernar y ser gobernado -esto es, en la división entre aquellos que dan órdenes y aquellos que las ejecutan- es el resultado inevitable cuando el modelo para comprender la acción se toma del espacio privado de la vida en el hogar y se traslada al espacio público – político donde la acción, hablando propiamente, tiene lugar como actividad que se desarrolla sólo entre personas. Ha permanecido como algo inherente al concepto de gobierno considerar la acción como la ejecución de órdenes y, por lo tanto, distinguir en el espacio político entre aquellos que saben y aquellos que hacen, precisamente porque dicho concepto encontró acceso a la teoría política a través de las muy especiales experiencias del filósofo, mucho antes de que se lo pudiese justificar por medio de la experiencia política en general*”²⁰

*Nota fuera de texto

¹⁸ ARENDT, Hannah, La promesa de la política, Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 50 y 51

¹⁹ ARENDT, Hannah, La promesa de la política, Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 120

²⁰ ARENDT, Hannah, La promesa de la política, Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 88 y 89

La política, así vista, se fundamenta en la pluralidad de los hombres, el hombre solo es un ser apolítico, pero cuando está en comunidad, en pluralidad, adquiere su carácter político por esa misma interacción con los demás.

La política se relaciona con el trato diferencial y con el Estado Social de Derecho, porque la política busca organizar a los absolutamente desiguales en consideración a una igualdad relativa. Es decir, mediante la adopción de postulados que le den la igualdad real ante la vida. Le doy un trato diferente a los desiguales para brindarles la condición de igualdad ante la administración pública y la sociedad misma.

La misión de la política es asegurar la vida en el sentido más amplio. La política pública le permite al individuo alcanzar sus fines, su proyecto de vida, su libertad y consecuente felicidad.

Así las cosas, el fin último de la política, es la libertad y la libertad, según la doctrina de Touraine, se traduce en felicidad con el siguiente interrogante: “¿No es la felicidad más que la libertad de seguir los dictados de su propia voluntad o de sus deseos?”²¹. Entonces, si el fin último de la política es la libertad y el fin de la libertad es la felicidad, luego el fin esencial de la política es permitir que la persona sea feliz y sólo alcanzará tal felicidad (léase proyecto de vida) si el Estado le garantiza el cabal ejercicio de todos sus derechos a través de la gestión pública que, a su vez, *se pronunciará a través de los actos administrativos*, luego *el fin último de los actos administrativos* es que la persona haga efectivo el derecho a la felicidad mediante el ejercicio de las libertades públicas y los derechos fundamentales.

La política, en su espectro actual, se concibe como un ámbito de gobierno de las sociedades humanas, *polity* en inglés. También se relaciona con la actividad de organización y lucha

²¹ TOURAINE, Alain, Crítica de la modernidad, Fondo de Cultura económica, primera reimpresión, Bogotá, 2000, p. 11

por el control de poder, *politics* en inglés. Se asume como designación de los propósitos y programas de las autoridades públicas, *policy* en inglés²².

Se debe ahora pensar qué se entiende por política pública. Muchos hablan de ella, los alcaldes, gobernadores, concejales, diputados, congresistas, ministros y el mismo presidente de la república, a menudo se refieren a ella, pero se han preguntado ¿Qué es? ¿En qué consiste? ¿Qué alcances tiene ese término?

1.2.1. **Política Pública:**

Es el programa de acción de una autoridad pública. Este programa y las actividades que de él se desprenden componen la unidad de base de la que se sirva el analista del trabajo gubernamental, que debe caracterizar el contenido y el proceso, para luego verificar si existen variaciones o convergencias, al menos, por sector, por tipo de autoridad pública o por época.

Dentro del enfoque pluralista – racionalista, se perciben como respuesta a las demandas sociales. Se consideran las instituciones y las organizaciones como instrumentos que reaccionan a estas demandas, considerados como *inputs*, y suministro productos, como *outputs*²³. Es el resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y legitimidad gubernamental. Es un conjunto de prácticas y de normas que emanan de uno o de varios actores públicos²⁴ Según la doctrina, se presenta como un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico, la seguridad, la salud, etc.²⁵

²² ROTH, Deubel André-Noel, Políticas Públicas, formulación, implementación y evaluación, ediciones Aurora, primera edición, Bogotá, 2006, p. 25 y 26

²³ MENY, Ives, THOENIG Jean Claude, Las políticas públicas, Ariel ciencia política, primera edición, Barcelona, 1992, p. 55

²⁴ MENY, Ives, THOENIG Jean Claude, Las políticas públicas, Ariel ciencia política, primera edición, Barcelona, 1992, p. 89

²⁵ TOURAINE, Alain, Crítica de la modernidad, Fondo de Cultura económica, primera reimpresión, Bogotá, 2000, p. 90

La política pública se exterioriza en formas de intervención a través de leyes, reglamentos, **actos administrativos**, restricción de derechos, etc. Para Heclo y Widavsky, “una política pública (*policy*) es una acción gubernamental dirigida hacia el logro de objetivos fuera de ella misma”²⁶. Para Hogwood, “para que una política pueda ser considerada como política pública, es preciso que en un cierto grado haya sido producida o por lo menos tratada en un **un marco de procedimientos**, de influencias y de organizaciones gubernamentales”²⁷

Características de la política pública:

- Un contenido: Determina cuál es el sector y el tema que abarca, moviliza los recursos de todo orden para generar resultados y productos.
- Un programa: El programa hace relación a la estructura con que se cuenta para hacer efectiva la política pública.
- Una orientación normativa: Esta orientación normativa es producto de las anteriores. Es decir, primero se hace un diagnóstico que produce como consecuencia el contenido de la política pública. Luego se traza el programa y, posteriormente, para que se ejecute, se desarrolla la orientación normativa. La orientación normativa es de vital importancia porque en ella se establecen los mecanismos para hacer efectiva la política pública. Esto es, con la ley se establecen los *inputs* para obtener los *outputs*. Se establecen las competencias de los funcionarios públicos que la ejecutan y los mecanismos para tal fin, tales como actos administrativos, operaciones administrativas, etc.
- Un factor de coerción: En la orientación normativa, se establecen los factores de coerción, que no son otra cosa que el ejercicio del poder del que está investida la autoridad pública o el actor gubernamental ejecutor de la política pública. Esta autoridad implica, incluso, hacer ejercicio lícito del monopolio de la fuerza, o de la violencia, como lo conocen Leca y Jobert²⁸.

²⁶ ARENDT, Hannah, La promesa de la política, Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 26

²⁷ OVEJERO, Félix, La libertad inhóspita, modelos humanos y democracia liberal, Barcelona, Paidós, 2002.

²⁸ LECA, J. JOBERT B. Le dépérissement de l'Etat, Revue Francaise de Science Politique, París, 1980 p. 1169

- Una competencia social: Se determina por los actos y disposiciones que afectan la situación, los intereses y los comportamientos de los administrados. Aquí, la política está dirigida a un sector de la población o a un ámbito territorial.

Fases del proceso de elaboración, ejecución y análisis de las políticas públicas:

- ✓ Identificación de un problema: El sistema político, la autoridad pública nacional o territorial, advierte de la existencia de un problema que exige un tratamiento y lo incluye en la agenda.
- ✓ Formulación de soluciones: Se estudian respuestas al problema.
- ✓ La toma de la decisión: El decisor público elige la opción más conveniente que, posteriormente, se convierte en política pública. Aquí debe determinarse cuáles son los instrumentos que se utilizarán para su posterior ejecución.
- ✓ Implementación: Se hace a través de una ley o de *un acto administrativo de carácter general*.
- ✓ Ejecución del programa: La política pública se ejecuta sobre el terreno. Se aplican los instrumentos seleccionados por el decisor público. Por lo general, para su ejecución se acude a los *actos administrativos de carácter particular y concreto*.
- ✓ Terminación de la acción: Se evalúan los resultados obtenidos en la ejecución de la política pública.

Entonces, la política pública se relaciona directamente con el derecho administrativo porque a través de este se implementan y ejecutan aquellas, siendo su fin esencial garantizar los derechos de cada persona integrante de la sociedad y garantizando el bien común con la prosperidad general.

En el tema de responsabilidad extracontractual del Estado es necesario tener en cuenta los anteriores conceptos porque, sin lugar a dudas, las políticas públicas de seguridad que han implementado los diferentes gobiernos, tienen repercusión en las responsabilidades por los daños ocasionados a los mismos miembros de la fuerza pública por los hechos de las

operaciones militares, dado que, en muchos casos, los miembros de la fuerza pública, ejecutores de las políticas de seguridad del Estado, desconocen las mismas, desconocen sus alcances, su estructuración y su puesta en ejecución, lo que implica que la responsabilidad que surge por tales motivos afecte al mismo Estado al que representan.

Por último, la política pública y la democracia deben ir de la mano, por lo tanto la política pública debe procurar, a toda costa, evitar el conflicto armado interno y externo, para de esta forma cumplir con el fin último de la política, tal y como lo plantea la filósofa Anna Harent, para garantizar la libertad del ser humano en sociedad.

Sobre este aspecto de políticas públicas se deberá evaluar la política del actual gobierno, la política de seguridad para la prosperidad y, en consecuencia, acudiremos a un test de evaluación de la política pública que se estructura de la siguiente manera:

1. ¿Contó la política pública con un diagnóstico previo?
2. ¿Dentro de la política público se encuentra el plantamiento del problema?
3. ¿Se concertó o debatió la política pública con las redes sociales interesadas en el asunto, durante su estructuración?
4. ¿Determinó la política pública la estructura para hacerla efectiva?
5. ¿Se plasmó la política pública en una estructura normativa?
6. ¿Dentro de la política pública existen factores de coerción para hacerla obligatoria?
7. ¿La política pública es pertinente socialmente?

2. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

2.1. Evolución histórica de la responsabilidad extracontractual del Estado:

El hecho y la reparación del daño producido van de la mano. Nació inicialmente la venganza como mecanismo para satisfacer la afrenta o perjuicios recibidos. Luego se pasó a la pena como respuesta de la reparación del daño, relacionada esta después al derecho

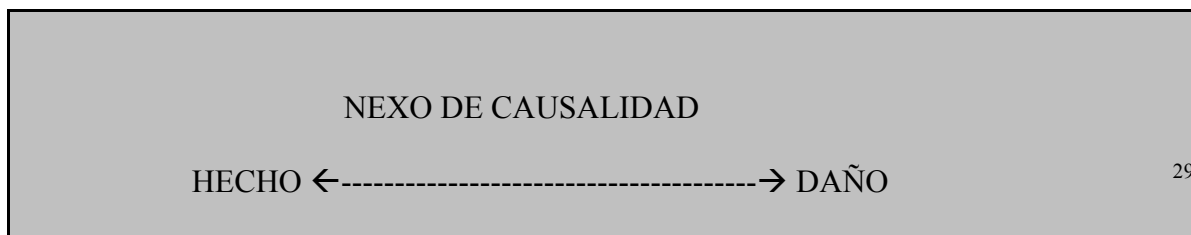
penal, no como resarcimiento, sino como sanción por la conducta reprochable a manera de escarmiento por parte de la colectividad.

Para que se reparara directamente al afectado surgió después la Ley de Talión, en virtud de la cual *“rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente, háganse las mismas lesiones corporales que él ha infringido”*, establece el Pentateuco.

En Roma se expidió la Ley Aquilia, redactada por el Pretor Aquilio, en el siglo III a.c., razón por la cual a la responsabilidad civil extracontractual se le conoce como responsabilidad Aquiliana. La ley Aquilia fue un plebiscito que se votó por solicitud del pretor Aquilio que pretendía llenar el vacío que existía en la legislación romana con relación al daño injustamente causado, al que los romanos conocían como delito civil o *“damnum iniuria datum”*. La Ley Aquilia contenía tres capítulos de ellos el uno y el tres, consagraban el daño injustamente causado y el dos la acción que se le concedía a los contratantes cuando uno de ellos había liberado al otro de su obligación de pago en fraude de otro acreedor. En el primer capítulo estableció la responsabilidad por muerte del esclavo o de la res ajena e indicó la forma de su cuantificación, en el tercero consagró la responsabilidad por cualquier daño distintos a los del capítulo primero, pero debía limitarse a daño patrimonial que disminuyera el valor de los bienes afectados. La responsabilidad así vista tenía el carácter penal y persecutoria de bienes del causante del daño, es decir, se trataba de un régimen de responsabilidad con culpa y de sanción penal.

La estructura monárquica de los siglos XVI y XVII se edificó sobre la inmunidad soberana, lo que para los ingleses se conocía como *the King can do not wrong*, que permitía concluir que el Rey no se equivocaba, el Rey no violaba la Ley, estaba por encima del derecho, por que el Rey ejercía el poder público sin limitaciones, si se quiere, el Rey era la Ley.

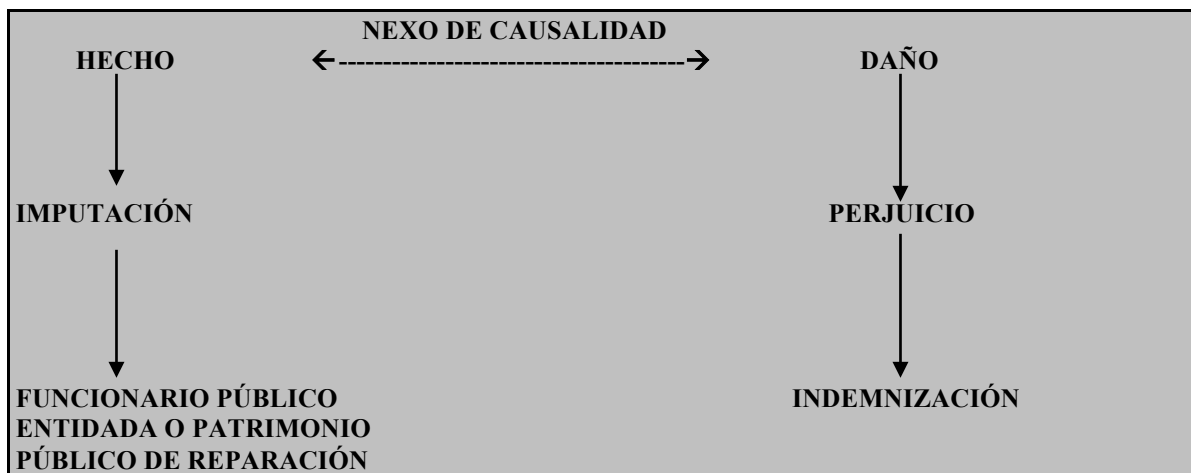
La ecuación de la responsabilidad extracontractual se ha estructurado de la siguiente manera:



29

Esta ecuación general de la responsabilidad extracontractual, con relación a la responsabilidad extracontractual del Estado se debe complementar luego de la expedición de la Constitución Política de 1.991, artículo 90, y de la interpretación que de éste ha sostenido el Consejo de Estado, porque surgen otros elementos adicionales, ya que atribuye la responsabilidad por el daño antijurídico a la acción o la omisión de la autoridad pública, y dentro de esta, lo pone en cabeza del agente suyo, de la entidad o del patrimonio público, si no son identificables los dos anteriores, sea por conducta culposa o dolosa para efectos de la repetición, es decir, si no es culposa ni dolosa, no hay repetición.

Se propone, en consecuencia, el siguiente esquema de la ecuación:



Para mayor claridad sobre el tema abordo a continuación los elementos de la ecuación y la explicación de cada uno de ellos así:

²⁹ MARTÍNEZ, Rave Gilberto, La responsabilidad civil extracontractual en Colombia, Bogotá, Biblioteca jurídica Dike, 1989, p.31

2.2. El Hecho:

El hecho se ha definido por la doctrina como *“la fuerza, presión o circunstancia que modifica físicamente un objeto, cosa o persona. Cuando se trata de una persona, el hecho puede alterar su integridad física o síquica. Vale decir, el hecho descompone, transforma, lo que antes existía, por lo anterior, el hecho, como elemento objetivo y cierto de la responsabilidad civil extracontractual, no debe confundirse con la conducta o con la acción, ya que estos dos últimos términos exigen o requieren un vínculo subjetivo con el causante. En cambio, el hecho puede ser cometido por una persona, pero también por animales o cosas, aunque tengan una relación remota con una persona. El hecho generalmente resulta de un contacto físico de una persona, animal o cosa, con una persona, objeto o bien al cual modifica”*³⁰. Para la doctrina francesa el hecho es la fuente que produce el nacimiento de la obligación³¹.

Podemos concluir que el hecho es la fuente generadora de la obligación de indemnizar que consiste en la acción humana, de los animales, de las cosas o de las actividades de la naturaleza, que tienen la fuerza suficiente para modificar, descomponer o transformar lo que antes existía.

2.3. El Daño:

El daño es uno de los elementos indispensables de la responsabilidad, puede ser de naturaleza contractual o extracontractual, para la investigación fijaremos la atención en la segunda.

El daño se ha definido como *“el lesionamiento (sic), menoscabo que se ocasiona a un interés ajeno. Por eso, en nuestro concepto, no se requiere que el interés lesionado, perturbado o agredido esté consagrado como un derecho real u objetivo. Basta que sea un*

³⁰ MARTÍNEZ, Rave Gilberto, La responsabilidad civil extracontractual en Colombia, Bogotá, Biblioteca jurídica Dike, 1989, p.77

³¹ PLANIOL, Marcel, RIPERT Georges, las obligaciones civiles, Bogotá, Leyer, 2005, p. 13

*interés que se encuentre en el patrimonio del ofendido, el que se erosione o afecte para que exista el daño. Claro que si ese interés se encuentra protegido normativamente como un derecho real o subjetivo, por eso no pierde su categoría de interés, y su desconocimiento, violación o detrimento origina el daño desde el punto de vista jurídico”*³².

La doctrina internacional también se ha pronunciado al respecto y, en tal sentido, encontramos lo expuesto por la argentina María del Pilar Amenábar, para quien *“Daño indemnizable es la lesión jurídica a intereses jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales. Tiene que existir una repercusión patrimonial o moral, para que se configure un perjuicio indemnizable, en sentido estricto. No se trata de un mero concepto de resultado antieconómico o antiespiritual, sino una noción de resultado jurídico”*³³

La doctrina francesa ha expuesto acerca del daño: *“El daño causado a la víctima puede ser naturaleza variable distingue el daño material y el daño moral, y cada una de estas categorías comporta en sí misma una clasificación: 1º. El daño material puede alcanzar a la víctima: a) En su patrimonio [...] b) en su persona física [...] 2º. El daño moral puede revestir también dos aspectos diferentes: una persona puede ser afectada, bien en su honor, en su reputación, en su consideración, en una palabra en su patrimonio moral, bien en sus afectos, como si su cónyuge o su pariente próximo llegara a perecer en un accidente de locomoción”*³⁴

Dentro de la misma doctrina francesa se hace una relación directa entre culpa y daño y se le da a este último un concepto positivo de protección, en el entendido de no existir el último sin la ocurrencia de la primera, exposición que se hace de la siguiente manera: *“El derecho no considera a la culpa en sí misma y abstracción hecha de sus resultados, como lo hace la moral; el legislador toma únicamente en consideración al orden social, y sólo debe*

³² MARTÍNEZ, Rave Gilberto, La responsabilidad civil extracontractual en Colombia, Bogotá, Biblioteca jurídica Dike, 1989, p. 157

³³ AMENÁBAR, María del Pilar, Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p.258

³⁴ JOSSERAND, Louis, Teoría general de las Obligaciones, Bogotá, Leyer Editorial, 2007, p. 257

intervenir cuando este es perturbado. De esto resulta que la culpa sólo existe jurídicamente por sus resultados, es decir, por el daño que haya podido causar. El derecho no tiene por qué tomar en consideración una culpa que no haya producido ningún daño. Sin embargo, en la definición de la culpa no debe comprenderse la idea del daño, pues este es una consecuencia posible de ella, pero en ninguna forma necesaria: un acto constituye una culpa no por ser perjudicial, sino por ser contrario al Derecho. El daño constituye, únicamente, la condición para que la culpa sea reprimida por el Derecho [...] En materia de culpa la naturaleza del daño importa poco; en todo caso, y tan pronto como el daño sea real y demostrado, origina una reparación. Se puede distinguir: 1°. El daño material a los bienes corpóreos: En esta forma se encuentran protegidas toda clase de propiedades [...] 2°. El daño pecuniario no resultante de las averías o de la pérdida de objetos corporales [...] 3°. El atentado a la salud o a la vida de las personas, lo que comprende no solo las lesiones voluntarias, sino todos los accidentes causados por culpa.[...] Daño moral: Además de los daños materiales, la jurisprudencia admite que procede la reparación del daño moral...”³⁵

La doctrina francesa ahonda más en el asunto y llega la siguiente apreciación sobre el concepto de daño con relación al concepto de responsabilidad: “Para que exista responsabilidad civil se requiere un daño, un perjuicio [...] Desde el instante en que el autor del daño y la víctima son dos personas diferentes, va a surgir un conflicto, por pedirle la víctima al autor reparación del perjuicio sufrido. Ese conflicto es todo el problema de la responsabilidad. Por lo tanto, cabe decir que una persona es responsable siempre que debe reparar un daño; tal es, desde luego, el sentido etimológico de la palabra: el responsable es el que responde”³⁶

En la obra “Manual de responsabilidad pública de la Abogacía General del Estado, Dirección de Servicios Jurídicos del Estado de España”, se hacen las siguientes

³⁵ PLANIOL, Marcel – RIPERT, Georges, Las obligaciones civiles, Bogotá, Leyer Editorial, 2005, p. 307 y 308

³⁶ MAZEAUD, Henri – MAZEAUD, León – TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Tomo 1-I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1993, 2

apreciaciones sobre el concepto del daño: *“Teorías doctrinales: El autor citado (Diéz-Picazo) expone las dos concepciones básicas del daño, elaboradas por la doctrina, que pueden resumirse de la siguiente forma: - La concepción abstracta de daño y la teoría de la diferencia, defendida por Momsen, el daño se concreta en la ‘diferencia entre la situación, valorada económicamente, del patrimonio del dañado que este tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido y aquella que tiene efectivamente tras el hecho dañoso’. – La concepción real concreta del daño: parte de criticar la teoría de la diferencia porque conduce a una concepción abstracta del daño y a un resultado contable o cuasicontable. Por eso adopta un ‘concepto concreto o real-histórico de daño en que se toman en consideración las singularidades del daño’. Al acudir al caso concreto, esta teoría permitiría abordar problemas como la sustitución in natura, la compensatio lucri cum damno y causalidad alternativa hipotética (El daño se causa por el demandado pero puede afirmarse con seguridad que se habría producido igualmente por un hecho natural, por la acción de un tercero, o por otra del mismo sujeto responsable que hubiera actuado de forma legítima)”*³⁷

En la misma obra los autores españoles definen el daño como uno *“de los presupuestos esenciales para que pueda tener lugar la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, el cual, como se analiza en otro apartado, debe reunir los requisitos de ser efectivo, económicamente evaluable e individualizado por referencia a una persona o grupo de personas determinadas, el o los afectados, legitimados así para reclamar la justa indemnización”*³⁸

Para Antoni Vaquer Aloy la legislación internacional también ha incluido el concepto de daño en su ordenamiento, concluyendo que *“... una primera aproximación a un concepto europeo de daño puede extraerse del artículo 8 (2) de la directiva 2001/29/CE, sobre la armonización de ciertos aspectos del copyright. De este precepto resulta que **daño es el efecto negativo en un interés material o inmaterial**. La directiva 2004/35, sobre*

³⁷ ABOGACÍA General del Estado, Dirección de Servicios Jurídicos del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 170 y 171

³⁸ Op. Cit. p.p. 35, p. 241

*responsabilidad medioambiental, sigue esta línea al concebir el daño como ‘cambio adverso mensurable’ (art. 2.2) tras referirse a ‘cualquier daño que produzca efectos adversos significativos’. Por último, ya la directiva 92/13/CEE se refería a ‘una posibilidad comprometida’, aunque la versión inglesa era más contundente (a ‘chance (that) was adversely affected’)*³⁹

La Constitución Política de Colombia fue modificada y, en el artículo 90, se incorporó la cláusula de responsabilidad del Estado con el siguiente tenor literal: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”⁴⁰.

La reforma incluyó el concepto de daño antijurídico, creación española que merece una doble precisión: “*En primer lugar, no basta un perjuicio patrimonial, sino que es necesario que dicho perjuicio sea antijurídico; en segundo lugar, dicha antijuridicidad no deriva del hecho de que la conducta del autor sea contraria a Derecho, sino que se refiere al perjudicado, en cuanto éste no tiene el deber jurídico de soportar el daño*”⁴¹.

La doctrina anglosajona también se ha pronunciado al respecto de la siguiente forma: “*Aparentemente, el common law inicial de la responsabilidad objetiva se enfoca principalmente en los daños no merecidos que sufre una víctima más que la falta o negligencia de los infractores. Aunque nunca fue universalmente cierto que alguien actuó a su riesgo y fue responsable por cualquier daño que resulte de sus acciones, la responsabilidad normalmente siempre fue impuesta sin considerar la culpa moral o la inocencia del infractor. El common law evoluciona gradualmente hacia el reconocimiento de la falta como base de la responsabilidad, pero no fue hasta fines del siglo diecinueve que esta tendencia alcanzó su pico materializado en la sentencia Ives*”⁴²

³⁹ VAQUER, Aloy Antoni, La responsabilidad Civil, en Tendencias Contemporáneas del Derecho, tomo 19, Bogotá, Universidad Libre, 2013, p.114

⁴⁰ CONSTITUCIÓN Política de Colombia, artículo 90

⁴¹ GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, Editorial Civitas, 8ª edición, 2002, p.378

⁴² PORSSER, W. Handbook of law of Torts, 4ª edición, 1971. cit. por COLEMAN, Jules, Los costos de los

La posición del autor norteamericano Jules Coleman ata el concepto de antijuridicidad a la conducta del causante del daño, al referirse a la justicia correctiva en los siguientes términos: *“la justicia exige anular o eliminar los beneficios ilícitos y los perjuicios ilícitos. Beneficios y perjuicios ilícitos a su vez, se definen en términos de la conducta que los ocasiona, Concentrándonos por ahora sólo en los perjuicios, podríamos decir que un perjuicio es ilícito si es el resultado de un acto ilícito o de una conducta ilícita. El problema con esta exposición es que hace que la ilicitud de los perjuicios que sufre una persona, dependa del reproche o la culpabilidad de la conducta de quien lo ocasionó. La mejor forma de verlo es aquella según la cual los perjuicios ilícitos son aquellos que resultado de daños o resultados ilícitos; quebrantamiento de obligaciones frente a personas en concreto, o acciones contrarias a los derechos de quienes sufren el perjuicio. Como analizamos detenidamente antes, un daño puede ser culpable o inocente, injustificado o permitido. De manera que la pérdida que sufre alguien es ilícita si es el resultado de acciones contrarias a los límites que los derechos de uno imponen a los demás; es decir, si es el resultado de actos ilícitos, de acciones no justificadas [...] El hecho de que yo haya actuado ilícitamente frente a usted, y que al hacerlo le haya hecho sufrir un perjuicio, hace que su perjuicio sea contrario a derecho y es suficiente, por lo tanto, para darle a usted una acción judicial de reparación [...] Según esta concepción, quienes sean responsables de los perjuicios contrarios a derecho que su conducta impone a otros, tienen la obligación de reparar esos perjuicios...”*⁴³

La doctrina anglosajona se divide en dos, para el primer autor el daño se desplaza a la víctima en cuanto a que no merece el padecimiento de ese daño, mientras que para Coleman se debe analizar, de todas maneras, los límites de los derechos de la víctima, es decir, si la actuación del causante los invade para que se pueda determinar si el daño padecido es o no antijurídico.

Por su parte la doctrina española dirige, razonada y racionalmente, su mirada a la identidad del daño, al análisis ya no de la conducta del autor material del hecho, sino al padecimiento

costos de los accidentes, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2013, p.52

⁴³ COLEMAN, Jules, Justicia correctiva y responsabilidad extracontractual, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2013, p. 143 y 144

mismo que sufre la víctima, si este encuentra respaldo jurídico o no lo encuentra, si lo hay, se tipificará el daño jurídico, sino lo hay se tipifica la antijuridicidad del mismo, siendo esta la razón de su resarcimiento. Esta doctrina se expone de manera clara así: *“El deber jurídico de soportar el daño en principio parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza...”*⁴⁴ A contrario sensu, si no existe el título que imponga o determine no el perjuicios, sino la carga ordenada, esta se convierte en daño antijurídico.

El artículo 90 de la Constitución Política consagró la cláusula de responsabilidad del Estado en los siguientes términos: ***“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”***. En el primer inciso establece el daño antijurídico, en el segundo las condiciones en que procede la acción de repetición contra el funcionario público que produjo el daño.

El daño antijurídico se estructura en dos componentes: la identidad del daño y su antijuridicidad. En esta tesis convergen tanto la doctrina española como la anglosajona, sobre la cual ha sostenido la doctrina colombiana: *“El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar dos componentes: a)El alcance del daño como entidad jurídica, esto es, ‘el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio’, o la ‘lesión de un interés o con la alteración in pejus del bien idóneo para satisfacer aquel o*

⁴⁴ TRIBUNAL Supremo Sala 3ª, Sección 6ª, recurso de casación No. 6616/1994 [R] 1999, 3035, sentencia del 11 de marzo de 1999, Madrid. Cit. Por ABOGACÍA General del Estado, Dirección de Servicios Jurídicos del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 240 y 241

con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa'; y b) aquello que derivado de la actividad, de la omisión o de la inactividad de la administración pública no sea soportable, bien i) porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea irrazonable, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos, y iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social”⁴⁵

La doctrina establece que el daño antijurídico debe analizarse verificando la soportabilidad del mismo, es decir, verificando si existe algún respaldo jurídico que permita concluir que el daño sufrido por la persona fue jurídico, por lo tanto, que tiene el deber legal de soportarlo.

La Corte Constitucional ha sostenido sobre la soportabilidad del daño que *“la antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”⁴⁶.*

En igual sentido lo expuso la misma corporación al afirmar que *“El artículo 90 de la Carta, atendiendo las construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal - bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la*

⁴⁵ SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2013, p. 170 y 171

⁴⁶ CORTE Constitucional, sentencia C- 254 del 25 de marzo de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá

prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación [...] Nótese cómo la responsabilidad estatal basada en el daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar puede remitir a actuaciones regulares o irregulares del Estado. En estas últimas están comprendidas aquellas actuaciones que no involucran una conducta dolosa o gravemente culposa del agente y aquellas actuaciones que si son consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de los agentes estatales. En los supuestos de responsabilidad estatal no generados en dolo o culpa grave, si bien hay lugar a declaración de tal responsabilidad, el Estado no se halla legitimado para repetir contra el funcionario. Pero en los supuestos de dolo o culpa grave no solo hay lugar a la declaración de responsabilidad estatal sino que, además, el Estado tiene el deber de repetir contra el agente”⁴⁷, sentencia por medio de la cual incluye las actuaciones jurídicas de la administración que producen daño, generando responsabilidad del responsable, Nación – Estado, en el resarcimiento de los perjuicios consecuenciales del daño producido.

Por su parte el Consejo de Estado también ha estructurado el concepto del daño antijurídico como pilar de la responsabilidad extracontractual del Estado de la siguiente manera: “Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados, sin distinguir su condición, situación e interés. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior,

⁴⁷ CORTE Constitucional, sentencia C- 254 del 23 de abril de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá

resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado”⁴⁸

La constitucionalización de la responsabilidad a través de la teoría del daño antijurídico, es decir, entendiendo por este el que sufre un particular que no tiene la obligación legal de soportarlo, hace que la mirada del operador judicial se vuelque sobre la identidad e intensidad del daño, sin importar si la conducta del causante es o no antijurídica, guardando estricta relación con los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política, por cuanto es deber del Estado y de sus funcionarios garantizar la efectividad de los derechos y principios consagrados en la Constitución misma, por lo tanto, si se constitucionaliza el daño antijurídico, se constituye también en deber del operador judicial analizar la identidad del daño, sin importar la conducta del funcionario y ordenar el resarcimiento de los perjuicios que haya sufrido el particular, esto llevará, como se expondrá en su momento, que la teoría francesa de imputación tiende a cambiar.

Tal apreciación encuentra respaldo en otros pronunciamientos del alto tribunal de lo Contencioso Administrativo: *“El artículo 90 constitucional, establece una cláusula general de responsabilidad del Estado cuando determina que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, de lo cual se desprende que para declarar responsabilidad estatal se requiere la concurrencia de estos dos presupuestos: (i) la existencia de un daño antijurídico y (ii) que ese daño antijurídico le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, V. gr. la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional, etc. [...] El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a*

⁴⁸ CONSEJO de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado 20480, sentencia del 13 de abril de 2011, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá

una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”⁴⁹

La posición adoptada ha sido ratificada por el mismo operador judicial colegiado en los siguientes términos: *“A partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, ‘sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad’. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que ‘la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable’ [...]*Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que *‘consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar’*. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas. (...) De acuerdo con lo que ha establecido esta Sección, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar primeramente, lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse antijurídico; solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de ‘realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”⁵⁰

Los tres pronunciamientos citados del Consejo de Estado son claros en definir el daño antijurídico y la obligación del operador judicial de analizar, en primera medida, la existencia y la identidad de ese daño, para determinar si quien lo sufrió tiene o no la

⁴⁹ CONSEJO de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado 20097, sentencia del 26 de mayo de 2011, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón, Bogotá

⁵⁰ CONSEJO de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado 23300, sentencia del 9 de mayo de 2012, Consejero Ponente Olga Melida Valle de la Hoz, Bogotá

obligación legal de soportarlo.

El Consejo de Estado también ha concluido que existe el daño jurídico en las actuaciones de las autoridades de seguridad del Estado como contraposición al daño antijurídico, así lo expuso en su momento: *“... es evidente que la labor desarrollada por el detective Juan Marcelo Moncayo Salazar en cumplimiento de la orden de trabajo número 490 del 27 de octubre de 1992, se ajustaba a las funciones inherentes al cargo por él desempeñado, de donde puede deducirse que no se le impuso una carga excepcional, ni se le exigió el cumplimiento de tareas diferentes de aquellas que le correspondía desarrollar por razón del cargo que ostentaba y para las cuales estaba entrenado, ni tampoco le fueron asignadas tales funciones en circunstancias de indefensión o inferioridad, ni se encuentra que haya faltado previsión en la programación y ejecución de tales actividades. Por tanto, el daño producido, esto es, la muerte de Juan Marcelo Moncayo Salazar era uno de los riesgos inherentes a su empleo, es decir, de aquellos que la víctima debía afrontar por razón de la naturaleza misma de su cargo y, por lo tanto, no es posible predicar que aquel tenga la característica de antijuridicidad que pretenden los accionantes. En efecto, tal daño hizo parte del riesgo propio y normal del cargo desempeñado por la víctima, el cual, por su naturaleza y funciones de suyo lleva implícito un considerable margen de peligro para la integridad y vida de tales funcionarios, contingencias éstas aceptadas al momento de ingreso a los cuerpos de seguridad del Estado, como lo es precisamente la entidad demandada en el caso bajo estudio”*⁵¹

Viendo lo expuesto en los párrafos precedentes podemos concluir que el daño antijurídico es el menoscabo o la lesión que sufre una persona en su cuerpo, en su mente, en sus bienes o en su patrimonio, que no tiene la obligación legal de soportar o no encuentra respaldo jurídico en la Constitución y en la Ley. También se puede concluir que la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado a través de la teoría del daño antijurídico, obedece a la materialización del principio de eficacia, entendido este como *“la capacidad para la conformación ex ante de las relaciones sociales; y junto a ello,*

⁵¹ CONSEJO de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de marzo de 1997

la existencia de instrumentos que hagan posible la imposición ex post de ese derecho”⁵².

Surge aquí otro evento que se debe mirar con cuidado. El daño antijurídico es aquel que sufre la persona que no tiene la obligación legal de soportarlo de acuerdo con los postulados constitucionales y legales internos o, adicionalmente, ¿esa no soportabilidad puede estar determinada en los convenios internacionales?

Este aspecto ha sido abordado por el Consejo de Estado y se conoce como el control de convencionalidad, por medio del cual se busca que el daño antijurídico, el que sufre la persona y que no tiene el deber legal de soportarlo, no encuentre tampoco justificación en las normas internacionales o en los convenios internacionales suscritos por Colombia, o lo que es lo mismo, el operador judicial deberá verificar si los derechos violados al ciudadano demandante están protegidos por el ordenamiento internacional.

En el derecho administrativo de responsabilidad lo importante es la víctima y su relación con el daño antijurídico, no la actividad lícita o ilícita de la administración. Como el ordenamiento constitucional emite este mandato en el artículo 90, corresponde al operador judicial verificar si los derechos conculcados a la víctima se encuentran protegidos por convenios internacionales suscritos por Colombia, atendiendo el mandato consagrado en el artículo 93 de la misma Constitución Política y teniendo como fundamento para ello que el análisis debe hacerse bajo el principio *pro homine*, entendido como la obligación del operador judicial de aplicar los derechos humanos reconocidos por Colombia en tratados internacionales a los casos puestos bajo su consideración, independientemente de si han sido o no invocados por el ciudadano víctima dentro del proceso judicial, apoyándose para esto último en el principio del *iura novit curia*, sobre el cual se ha expuesto por la jurisdicción Contenciosa Administrativa: *“En los primeros tiempos del derecho griego el juez solo podía aplicar la norma invocada y probada por las partes en litigio, pero con la evolución de la sociedad y de la administración de justicia, se desarrolló el principio*

⁵² SCHMIDT-ASSMANN, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 63; cit. por SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2013, p. 140

general según el cual se presume el conocimiento del derecho por parte del juez y la regla común de que este no requiere prueba, surgiendo el principio de ‘venite ad factum, curia iura novit’ o ‘da mihi factum, dabo tibi ius’, que significan que el juez conoce el derecho o dame los hechos que, como juez, yo te daré el derecho, en el sentido de que debe aplicar las normas que regulan el asunto puesto bajo su consideración así la parte interesada no lo haya invocado. Alsina lo expresó así: ‘Aunque las partes no invoquen el derecho, o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en Litis y determinar la norma jurídica que rige’”⁵³, así las cosas, bajo estos principios debe aplicarse el control de convencionalidad en todos los procesos contencioso administrativos de responsabilidad extracontractual del Estado, verificando si los derechos vulnerados a la víctima encuentran protección en el ordenamiento jurídico convencional firmado por el Estado Colombiano, o lo que es lo mismo, verificando si tales derechos están amparados en el bloque de constitucionalidad, compuesto este por los tratados celebrados por Colombia.

En consecuencia, el daño antijurídico contemporáneo se puede definir como aquel menoscabo o la lesión que sufre una persona en su cuerpo, en su mente, en sus bienes o en su patrimonio, que no tiene la obligación legal de soportar de acuerdo con los postulados constitucionales y legales internos y los consagrados en los convenios internacionales celebrados por el Estado, sin que importe que hayan sido o no invocados por el ciudadano víctima, debiendo cumplir con los siguientes requisitos: i) ser efectivo; ii) económicamente evaluable; iii) individualizado a una persona o grupo de personas; iv) que estos últimos estén legitimados para reclamar una justa indemnización.

2.4. El perjuicio, “el responsable es el que responde”⁵⁴

El perjuicio es diferente al daño, se ha entendido por perjuicio las consecuencias

⁵³ TRIBUNAL Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, Sala de Conjuces, sentencia del 20 de enero de 2014, Conjuces Ponente Jaime Alberto Duque Casas, Bogotá

⁵⁴ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André, Tratado teórico práctico de responsabilidad civil delictual y contractual, tomo 1, I, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1993, p. 2

patrimoniales del daño. Para la doctrina francesa se entiende por perjuicio “*todo incidente negativo (y se le verá avaluable en dinero) sobre los derechos, los intereses o las prerrogativas de una persona(física o moral). Este incidente deriva de un acontecimiento (acto o hecho jurídico) que es el hecho dañino, que produce el daño. Este, según las proposiciones decisivas de F.P. Benoit, ‘es un hecho: es todo atentado a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación’ (Essai su les contions de la responsabilité en droit privé et public’ ‘problemas de causalidad y de imputación’, JCP 1957.I.135I, No. II). [...] En una palabra, ‘el perjuicio son las consecuencias del daño’ y estas varían en función de parámetros subjetivos, es decir propios del sujeto que los soporta*”⁵⁵.

La doctrina española se remite inicialmente a la Ley para emitir el concepto de los que es el daño o lesión. Así, se invoca el artículo 106.2 de la Constitución Española que expresamente consagra que los particulares tienen “*derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos*”. Por su parte el artículo 139.1 de la Ley LRJ-PAC, establece que “*los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*”. Desafortunadamente la doctrina española mantiene la sinonimia entre los vocablos daño y lesión y no se adentra a analizar separadamente el perjuicio.

La doctrina internacional está unificada en cuanto a las características necesarias del perjuicios. Para la doctrina francesa el perjuicios debe ser: i) cierto; ii) directo y iii) personal. El perjuicio meramente hipotético no es resarcible. Sostienen los hermanos Mazeaud y Tunc, que “*es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio del que se queje la víctima se haya*

⁵⁵ PAILLET, Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 420

*realizado ya o que deba tan solo producirse en lo futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, la cuestión se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los mismos caracteres de certidumbre*⁵⁶.

Para la doctrina española la certidumbre se maneja a título de *daño efectivo*, sobre el cual expone Herrera Contreras, “*el carácter efectivo del daño excluye la indemnización de los potenciales, hipotéticos o meramente posibles. Si de la propia jurisdicción contencioso-administrativa ha enseñado la jurisprudencia que no está para remediar agravios potenciales futuros, sino los presentes, lo propio hay que decir de estos daños de que ahora nos ocupamos. Porque de ellos, en última instancia y por vía de revisión, habría de entender dicho orden jurisdiccional*”⁵⁷. Con apoyo en la jurisprudencia del tribunal supremo se refuerza el concepto de daño efectivo (para mi perjuicio) en los siguientes términos: “*la efectividad del daño o perjuicio producido, esto es su realidad material, con prescindencia de las meras expectativas o conjeturas. No existe lesión efectiva cuando se perjudican meras expectativas que no son derechos adquiridos*”⁵⁸.

Sobre los daños futuros expone la doctrina española: “*Es posible indemnizar lesiones que se produzcan en el futuro pero siempre que hayan de producirse sin ningún género de duda. ‘es indispensable que entre los requisitos del daño que se invoque, además de ser evaluable económicamente, sea real y efectivo y esa realidad o efectividad, no sólo ha de tenerse en cuenta cuando se trate de consecuencias lesivas que sean pretéritas y actuales, sino también de futuro acontecimiento, pero siempre que deriven de una necesaria actualidad, de una producción indudable y necesaria por su acaecimiento en el tiempo y no cuando se trate de acontecimientos autónomos, como simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción, dado su carácter aleatorio y contingente, que es lo*

⁵⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André, Tratado teórico práctico de responsabilidad civil delictual y contractual, tomo 1, I, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1993, p. 301

⁵⁷ SERRERA Contreras, P.L. en AAVV: Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico, editorial BOE, p. 90; cit en ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España-Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p.172

⁵⁸ TRIBUNAL Supremo, sentencia del 6 de junio de 2000, RJ 5989, cit. en ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España-Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 173

que sucede cuando nos encontramos en el ámbito de las simples expectativas”⁵⁹

Se puede concluir, entonces, que el perjuicio, que es el menoscabo patrimonial o extrapatrimonial que sufre una persona como consecuencia del daño antijurídico, debe ser cierto, ya sea presente o futuro.

El perjuicio, además de cierto, debe ser directo. Sobre el carácter directo del perjuicio sostiene la doctrina francesa que *“el demandante debe probar que cada uno de los elementos del perjuicio por el cual demanda reparación es una consecuencia directa del daño alegado”⁶⁰*.

Por último, el perjuicio debe ser personal, esto es que concierne de manera exclusiva a la víctima inmediata que ha sufrido el daño, es decir, dentro del marco de los perjuicios que ha experimentado la víctima personalmente como consecuencia del daño.

Existen dos clases de perjuicios a saber. i) Los perjuicios materiales o patrimoniales y, ii) los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales.

2.4.1. Perjuicios materiales o patrimoniales

Son aquellos que atentan contra los bienes, derechos o intereses de naturaleza económica de la víctima, medibles en dinero. La doctrina y la jurisprudencia los clasifica en: i) Lucro cesante y, ii) daño emergente.

2.4.1.1. Daño emergente

La doctrina y la jurisprudencia francesa no ahondan en esta clasificación. La doctrina

⁵⁹ TRIBUNAL Supremo, sentencia del 4 de marzo de 1998, RJ 1998, 2488, Cit. en ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España-Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 173

⁶⁰ PAILLET, Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 261

española y su jurisprudencia se adentran en el tema, indicando que el daño emergente consiste en *“las pérdidas sufridas y gastos realizados por causa de la lesión”*⁶¹, sosteniendo la jurisprudencia que *“ha sido pues la inexistencia de acreditación de la efectividad del daño, exigida por el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, la determinante del rechazo de la pretensión de responsabilidad de la Administración (...) si bien es verdad que pueden resultar indemnizables tanto los conceptos de lucro cesante como los de daño emergente, partiendo del principio contenido en los artículos 1106 del Código Civil, 115 de la Ley de Expropiación Forzosa y de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, es lo cierto también que, para que el perjuicio pueda ser indemnizable, los daños han de ser reales y efectivos y ha de acreditarse su existencia, cosa que el recurrente no ha hecho de ninguna manera en cuanto al daño emergente, pues no ha probado la existencia de gasto alguno inmediato nacido de desembolsos efectuados por el recurrente...”*⁶²

Para la doctrina francesa se denomina *incremento de gastos*, sobre el cual ha sostenido que en los perjuicios reparables *“se incluyen el conjunto de gastos, potencialmente muy diversos, soportados por la víctima y que son consecuencia directa del daño”*⁶³, poniendo al respecto varios ejemplos, como los gastos funerarios, gastos de refacción de bienes muebles e inmuebles, etc.

La doctrina colombiana y su jurisprudencia también se han pronunciado sobre el tema. El artículo 1.614 del Código Civil dispone que *“Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento”*. Para Juan Carlos Henao *“hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima”*⁶⁴. Para Gilberto Martínez Ravé, el daño emergente es *“el*

⁶¹ ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España-Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 173

⁶² TRIBUNAL Supremo, sentencia del 15 de julio de 2002, RJ 2002, 7659, Cit. en ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España-Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 173 y 174

⁶³ PAILLET, Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 277

⁶⁴ HENAO, Juan Carlos, El daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 197

*empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado. La disminución específica, real, y cierta del patrimonio. En palabras comunes, el daño emergente lo conforma lo que sale del patrimonio del perjudicado para atender el daño y sus efectos o consecuencias”*⁶⁵.

Podemos concluir, sin asomo de duda, que el daño emergente está compuesto por todos aquellos gastos en que incurre la víctima del daño para atender sus consecuencias, tales como, a manera de ejemplo, las sumas que se pagan por la reparación de la cosa dañada, los gastos médicos en caso de lesiones, los funerarios en caso de muerte, etc.

2.4.1.2. **Lucro cesante**

Para la doctrina española el lucro cesante es “*la ganancia que se deja de obtener*”⁶⁶. La jurisprudencia de ese mismo país sostiene que *ha sido pues la inexistencia de acreditación de la efectividad del daño, exigida por el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, la determinante del rechazo de la pretensión de responsabilidad de la Administración (...) si bien es verdad que pueden resultar indemnizables tanto los conceptos de lucro cesante como los de daño emergente, partiendo del principio contenido en los artículos 1106 del Código Civil, 115 de la Ley de Expropiación Forzosa y de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, es lo cierto también que, para que el perjuicio pueda ser indemnizable, los daños han de ser reales y efectivos y ha de acreditarse su existencia, cosa que el recurrente no ha hecho de ninguna manera en cuanto al daño emergente, pues no ha probado la existencia de gasto alguno inmediato nacido de desembolsos efectuados por el recurrente, fundándose la pretensión de lucro cesante en unas supuestas ganancias dejadas de obtener...*”⁶⁷, sosteniendo el mismo Tribunal Supremo en sentencia posterior,

⁶⁵ MARTINEZ Rave, Gilberto, La responsabilidad civil extracontractual en Colombia, Bogotá, Biblioteca jurídica Dike, 1989, p. 170

⁶⁶ ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España-Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 173

⁶⁷ TRIBUNAL Supremo, sentencia del 15 de julio de 2002, RJ 2002, 7659, Cit. en ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España-Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 173 y 174

del 16 de octubre de 2007, que respecto del lucro cesante la *“la jurisprudencia viene exigiendo la certeza del mismo, que se manifiesta en la realidad de la actividad, desarrollo, rendimiento, de manera que no pueden considerarse como tal las aspiraciones, deseos, previsiones cuya materialización no resulte controlada y constituya una mera eventualidad, pues como lo señala la sentencia de 1993 ‘como ganancias meramente posibles, pero inseguras, dudosas o contingentes, por estar desprovistas de certidumbre y carecer de prueba rigurosa, no es admisible su cómputo para fijar la indemnización reclamada...’*⁶⁸

En la doctrina francesa se conoce como *perjuicio vinculado a la pérdida de utilidad*, sobre el cual se ha sostenido que *“es también una hipótesis en extremo banal, ya sea que la víctima se encuentre privada de utilidades que le procura una actividad profesional o que esta cese de beneficiarse de otras fuentes que pudiera esperar lícitamente”*⁶⁹.

El artículo 1614 del Código Civil Colombiano dispone que se entiende *“por lucro cesante la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplidola imperfectamente, o retardado su incumplimiento”*. Para Juan Carlos Henao, hay lucro cesante *“cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimiento, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”*⁷⁰. Para Martínez Rave, el lucro cesante es *“la frustración o privación de una aumento patrimonial. La falta de rendimiento, de productividad, originada en los hechos dañosos”*⁷¹.

Podemos concluir, entonces, que por lucro cesante se debe entender todo perjuicio por detrimento patrimonial, como consecuencia del daño antijurídico, compuesto por los

⁶⁸ TRIBUNAL Supremo, sentencia del 16 de octubre de 2007, RJ 2007, 8159, Cit. en ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España-Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 174

⁶⁹ PAILLET, Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 275

⁷⁰ HENAO, Juan Carlos, El daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 197

⁷¹ MARTINEZ Rave, Gilberto, La responsabilidad civil extracontractual en Colombia, Bogotá, Biblioteca jurídica Dike, 1989, p. 171

dineros que se dejan de percibir, en caso de daño de cosas o bienes, por la falta de servicio o productividad del mismo, en caso de bienes que desaparecen o de dinero, el rendimiento de los mismos, citados estos a manera de ejemplo.

2.4.2. **Perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales**

Los perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales están constituidos por todas aquellas afectaciones del ser humano que son intangibles, que hacen parte de sus sentimientos, en su corporalidad (cualidad de corporal⁷²), en su relación de vida con otros seres humanos y con actividades que le permiten sentir placer o satisfacción en su condición de ser humano, como el ejercicio de actividades deportivas y culturales y que, como consecuencia del hecho dañino, se ven alteradas o truncadas o afectadas, ya sea de manera parcial, permanente, grave o leve para el resto de su existencia. Estos perjuicios, ante el concepto de indemnización integral, deben resarcirse por parte de quien ocasiona el daño y su valoración no es solamente económica, por cuanto de acuerdo con la evolución doctrinal y jurisprudencial, deberá incluir otros mecanismos de reparación y satisfacción que disminuyan el dolor sentimental.

Inicialmente se reconocieron por vía judicial en Colombia los perjuicios morales objetivados y morales subjetivados, incluyendo en los primeros el mismo lucro cesante, circunstancia esta que generaba confusión y poca claridad al operador judicial. Posteriormente la jurisdicción Contenciosa Administrativa dividió los perjuicios en patrimoniales y morales, incluyendo en el primero el daño emergente y el lucro cesante, atrás vistos y, en el segundo, el dolor moral, apoyado en la teoría romana del *pretium doloris*, precio del dolor o, como lo sostenían los mismos romanos, las lagrimas convertidas en monedas.

La doctrina internacional evolucionó con fundamento en la reparación integral a incluir otras indemnizaciones extrapatrimoniales, entendiendo que existen otros sentimientos o

⁷² www.rae.es

actividades del ser humano que al producirle satisfacción en su condición de tal y que al ser lesionadas o afectadas por el responsable del hecho, deberían ser indemnizadas.

La doctrina y la jurisprudencia francesas incluyeron i) *los sufrimientos físicos*; ii) *las perturbaciones en las condiciones de existencia*; iii) *los perjuicios morales* iii.i) *dolor moral* y iii.ii) *los perjuicios morales no afectivos*.

i) *Los sufrimientos físicos*: Son “*ciertos daños corporales como generadores de sufrimientos considerables [...] o moderados*”⁷³, dependiendo la tasación del perjuicio por la magnitud del sufrimiento que se padece.

ii) *Las perturbaciones en las condiciones de existencia* son consideradas como “*una categoría genérica relativamente elástica que tiene por vocación englobar todo un conjunto de razones o formas del perjuicio que el juez elige no detallar para no alienar su libertad. [...] pero concierne en realidad más ampliamente a las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral*”⁷⁴, circunstancia que permite valorar aquí todos aquellos aspectos que afectan la vida del ser humano víctima del daño y que le impiden desarrollarse en su condición de tal y en relación con las demás personas, de acuerdo con su proyecto de vida, lesión y reparación que han sido incluidas en las sentencias de las cortes internacionales por afectación a este último aspecto del proyecto de vida. La jurisprudencia francesa incluye dentro de esta clase de perjuicios inmateriales las perturbaciones psicológicas, la educación en solitario de sus hijos por el fallecimiento del otro cónyuge, la incapacidad parcial permanente que acompaña una claudicación, la esterilización accidental, retardo y limitaciones escolares por amputación de miembros superiores, abandono de toda actividad deportiva o cultural y la menor adaptación relacional. La misma jurisprudencia francesa ha incluido los daños estéticos de la persona, dentro de las alteraciones en las condiciones de

⁷³ PAILLET, Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 278

⁷⁴ PAILLET, Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 278 y 279

existencia.

iii) *los perjuicios morales*, sobre los que ha sostenido que se deben analizar dos aspectos: iii.i) *el dolor moral*: Ha sido resistente la jurisprudencia francesa en reconocer el dolor moral con fundamento en dos apreciaciones, en que el *pretium affectionis* consecuencial por la pérdida de un ser querido no se puede evaluar en dinero y que las lagrimas no se monedean, es decir, haciendo énfasis en la concepción moralizante de que los sentimientos no se comercializan. La jurisprudencia francesa dio un viraje a su apreciación y aceptó que el dolor moral es un perjuicio reparable que puede ser reclamado por ciertas personas próximas a la víctima⁷⁵. Con relación a iii.ii) *los perjuicios morales no afectivos* la doctrina francesa sostiene que se trata de perjuicios que encuentran un lugar común de simbolismos en el atentado a las libertades y derechos fundamentales, al honor y reputación, al interés moral de un autor sobre su obra, etc.

En la doctrina y la jurisprudencia colombiana estos perjuicios se admitieron y evolucionaron a través de los mismos nombres. Se aceptó el perjuicio moral, la alteración en las condiciones de existencia y el perjuicio fisiológico o de placer. Con relación a estos se reprodujo en Colombia la concepción francesa, teniendo como fundamento en su última etapa lo expuesto por el legislador en la Ley 446 de 1998, artículo 16, que expresamente dispuso: “**VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales**”, por lo tanto, al incluir en el ordenamiento el principio de reparación integral, se obligó a toda la administración de justicia, incluyendo en ella la Contencioso Administrativa por supuesto, a valorar toda clase de perjuicios que afectara a la persona, llegando esta jurisdicción a la conclusión de la necesidad de incorporar esta clase de lesiones para que la indemnización de los perjuicios, consecuencia del daño antijurídico, fuera verdaderamente integral.

⁷⁵ PAILLET, Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 281

Se estableció así que el perjuicio moral hacia relación a la afectación sentimental de la víctima, al dolor sentimental padecido como consecuencia del daño antijurídico que no tiene la obligación legal de soportar. Aunque algunos tratadistas como Juan Carlos Henao, que apoyados en la teoría francesa manifiestan que las lagrimas no se monetizan, yo creo todo lo contrario, que lo que se busca con la indemnización económica del dolor o la aflicción, es monetizar los sentimientos, siendo esto de humanos, es tratar de reparar el dolor a través del dinero para hacer más llevadera la pena, no para reemplazar al ser querido o para reponer la extremidad amputada como ejemplos, sino para que ese dolor producido por el hecho atribuible al Estado, la Nación o la Administración Pública, sea cuando menos soportable.

La alteración en las condiciones de existencia o daño a la vida de relación, se confundió en algún momento con el perjuicio fisiológico o de placer, por equivocada interpretación jurisprudencia. La alteración en las condiciones de existencia o daño a la vida de relación se trajo de la doctrina y la jurisprudencia francesa en el caso de un padre de familia que vio su proyecto de vida modificado al tener que atender la cuadriplejía de su hija como consecuencia de un accidente automovilístico atribuible a la administración pública, pues tuvo que dedicarse de tiempo completo al cuidado de ella, caso expuesto de manera magistral por Michel Paillet. Para el caso colombiano se adoptó la misma posición, se trunca el proyecto de vida de la víctima como consecuencia del hecho dañino, por ejemplo ante la deformidad física permanente de un menor de edad a quien le cae un poste de cemento objeto de cambio por las empresas públicas municipales y le produce deformidad del pie, se planteo la necesidad de indemnizar las condiciones de existencia porque tal deformidad le afectaría de por vida, su vida es una antes del accidente y otra, muy distinta después de él. Podría pensarse que se trata del mismo perjuicio moral pero no es así, aquí lo que se indemniza es que la existencia de esa persona y su relación con las demás personas se cambia, se modifica como consecuencia del hecho dañoso. Sobre este aspecto ha sostenido la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: *“En efecto, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo adoptó la denominación de “alteración a las condiciones de existencia”, para efectos de indemnizar no sólo los daños ocasionados a*

la integridad física y/o psíquica, sino cualquier vulneración de bienes, prerrogativas, derechos o intereses diferentes a los señalados, o lo que es lo mismo decir, aquellas prerrogativas que sobrepasan la esfera de lo corporal del sujeto afectado, tales como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otras. Así, el H. Consejo de Estado, sostuvo: **“A partir del fallo anterior, la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que “rebasa la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación”.** “En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nombre que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política. “En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.” “Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más compresiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante. “Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que “para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de

*alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”. “Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados troubles dans les conditions d’existence pueden entenderse como “una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos” o “las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”. “El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones. “En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario.” **(Destaca el Tribunal)**. Así mismo, en sentencia reciente, el H. Consejo de Estado, precisó: “Se solicita en la demanda el reconocimiento de una indemnización por la merma total de su goce fisiológico, al quedar de por vida con graves lesiones corporales, que lo imposibilitarán para realizarse plenamente en su vida. Cabe señalar que la afectación a la que se refieren las demandas ha sido definida por la Sala de manera reciente como “alteración de las condiciones materiales de existencia”, la cual hace alusión a la modificación significativa de los hábitos, proyectos y ocupaciones de la vida de quien padece el daño. La existencia de este perjuicio como la de los demás, puede demostrarse a través de cualquier medio probatorio e incluso, puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la naturaleza*

de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que le haya dejado y la alteración de las condiciones en que se desarrollaba su vida familiar y laboral”. Así las cosas, concluye el Tribunal que el cambio de denominación al que se ha hecho referencia no obedece única y llanamente a la simple conversión de la designación para este tipo de perjuicios extrapatrimoniales, sino que ésta se explica en el ánimo de la Alta Corporación de evolucionar en un concepto que permita atender las pautas de la reparación integral de los perjuicios que han sufrido las víctimas, dado que la nueva noción recoge no sólo los daños causados en la integridad psicofísica del ser humano (perjuicio fisiológico), o las limitaciones que se puedan producir con el mundo exterior (daño a la vida de relación), sino, además, todos los cambios bruscos y relevantes en las condiciones de existencia de una persona, razones todas éstas por las que la Sala acoge la nueva denominación. Superado lo anterior, procede la Sala a realizar el análisis de la petición de reparación de perjuicios por este concepto en el caso concreto. Como se señaló en el aparte de la providencia de H. Consejo de Estado proferida el 11 de noviembre de 2009 que viene de verse, esta clase de perjuicio puede demostrarse a través de cualquier medio probatorio e incluso, puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la naturaleza de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que le hubiere dejado y la alteración de las condiciones en que se desarrollaba su vida”⁷⁶. En la trascrita sentencia se deja ver el avance, la evolución del concepto, habiendo recogido así la tesis francesa en el derecho colombiano.

Con relación al perjuicio fisiológico o de placer ocurrió algo similar, se pretendió con él, en un principio, reconocer los defectos físicos que padecía la víctima directamente, es decir, no abarca a su núcleo familiar cercano, por ejemplo, ante la amputación de una extremidad la víctima y su núcleo familiar pueden solicitar la reparación del perjuicio de alteración en las condiciones de existencia, mientras que el perjuicio fisiológico o de placer sólo se podrá reclamar por parte de la víctima de la amputación, no por su núcleo familiar. Consiste el perjuicio fisiológico o de placer en la frustración de la víctima en la ejecución de actividades que le producían placer como ser humano y que ahora no puede ejecutar como

⁷⁶ TRIBUNAL Contencioso Administrativo del Cauca, expediente 2003-907-00, sentencia del 23 de marzo de 2010, M.P. Naum Mirawall Muñoz

consecuencia del hecho dañoso. Así, a quien le producía satisfacción jugar al golf y ve truncada esa actividad como consecuencia de la amputación de una extremidad superior producto de un hecho atribuible a la Nación, el Estado o la Administración pública, pues deberá ser indemnizado por no poder ejecutar esa actividad. No por el dolor de la pérdida de la extremidad, sino por no poder ejecutar una actividad que hace parte del desarrollo como ser humano, es decir, no se puede confundir con la indemnización del perjuicio moral.

Estos perjuicios han cambiado recientemente como consecuencia de la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado al incorporar en la jurisprudencia el concepto de control de convencionalidad, al que me referiré más adelante en capítulo especial. Allí se analizará la nueva concepción de los perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales, ya que los patrimoniales o materiales no cambian en nada.

2.5. El nexo causal y la relación de causalidad

El nexo de causalidad es un elemento de la estructura de la ecuación de la responsabilidad extracontractual que permite que nazca la obligación de indemnizar el perjuicio ocasionado con el daño, a quien se le impute la ocurrencia de este último.

Sobre este elemento se ha pronunciado la doctrina nacional, indicando que el nexo de causalidad es *“la relación, el vínculo, que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño. Esta relación entre hecho y daño es indispensable para hablar de responsabilidad civil”*⁷⁷.

La doctrina ha estructurado dos teorías acerca del nexo de causalidad, la subjetiva y la objetiva. La primera plantea que ***es la culpa del causante del daño la que debe tener el nexo de causalidad con este***. La segunda afirma que ***es el hecho el que debe tener el nexo de causalidad con el daño haciendo abstracción de la conducta del causante del mismo***.

⁷⁷ MARTÍNEZ, Rave Gilberto, La responsabilidad civil extracontractual en Colombia, Bogotá, Biblioteca jurídica Dike, 1989, p. 17

Sobre la relación de causalidad entre la culpa del agente y el daño se ha pronunciado la doctrina francesa en el siguiente sentido: *“Una de las más grandes dificultades que en la práctica presentan las cuestiones de responsabilidad en razón de la culpa, estriba en la prueba de la relación de causa a efecto, entre la culpa cometida por una persona, y el perjuicio sufrido por otra. Las circunstancias de hecho, que casi siempre son complejas, hacen que en ocasiones sea muy difícil apreciar esta relación, y, sin embargo, es imposible condenar a alguna persona al pago de daños y perjuicios mientras no se demuestre que él es, quien por su culpa, causó el daño”*⁷⁸

En el mismo sentido se expone por Louis Josserand: *“No basta que el tribunal declare la existencia de una culpa y de un daño; debe también afirmar que este es el resultado de aquella; en ausencia de esa comprobación, su decisión incurre en la censura de la Corte de Casación, la cual se reconocía a veces incluso el poder de controlar la apreciación de los jueces del fondo sobre este punto, y, por ejemplo, de discernir una relación de causalidad allí donde estos no la habían encontrado. La jurisprudencia contemporánea insiste cada vez más en lo referente al vínculo de causalidad. Exige que la culpa haya sido causa directa del perjuicio, de no ser así la responsabilidad no correrá a cargo del autor material del daño”*⁷⁹

Los Hermanos Mazeaud y Tunc mantienen la teoría subjetiva del nexo de causalidad que hace parte de la ecuación primaria, lo exponen en los siguientes términos: *“No es suficiente para que sea exigible la responsabilidad civil con que haya sufrido un perjuicio el demandante ni con que se haya cometido una culpa por el demandado. Debe reunirse un tercero y último requisito: la existencia de un vínculo de causa a efecto entre la culpa y el daño; se precisa que el daño sufrido sea la consecuencia de la culpa cometida [...] En efecto, el buen sentido impone la existencia de un vínculo de causalidad. El autor de una culpa no puede tener que reparar, evidentemente, sino los perjuicios que sean la*

⁷⁸ PLANIOL Marcel – RIPERT Georges, Las obligaciones civiles, Bogotá, Leyer Editorial, 2005, p. 310

⁷⁹ JOSSERAND Louis, Teoría general de las Obligaciones, Bogotá, Leyer Editorial, 2007, p. 262

*consecuencia exclusiva de esa culpa. Nadie piensa en reclamarle el abono de daños y perjuicios a una persona que nada ha tenido que ver con la relación del perjuicio sufrido”*⁸⁰

Para Isidoro Goldemberg el nexo causal es “*el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado ‘imputatio facti’ o ‘vínculo material’, en tanto que la reelaboración a nivel jurídico de dicha conexión, con las particularidades que le atribuyen las teorías tradicionales de la relación de causalidad, conducen al concepto de ‘relación causal’*”⁸¹

Para Jaime Orlando Santofimio Gamboa la causalidad “*es entendida como el vínculo, nexo o ligamen que une la causa a un efecto, siguiendo el principio que todo tiene una causa y que, en las mismas condiciones, las mismas causas producen los mismos efectos. La doctrina del derecho de la responsabilidad señala que el carácter parcial y selectivo de la causalidad jurídica, que es en cierta medida ficticia, impone una relación directa e inmediata de causa a efecto entre el hecho generador de un daño y aquel, que los jueces traducen simplemente por la exigencia de un nexo directo de causalidad entre ellos, necesario para determinar la obligación de reparar a cargo del autor. Luego, la causalidad entraña necesariamente la apreciación humana, que la infunde de carácter subjetivo, exigiéndose a la víctima la carga de probar que el perjuicio causado es consecuencia directa o indirecta del hecho dañoso*”⁸²

La doctrina española relaciona el nexo causal directamente con la Administración Pública, en los siguientes términos: “*Dentro de los requisitos esenciales para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, impuesto tanto por la Constitución como por el legislador ordinario, destaca con letras mayúsculas*

⁸⁰ MAZEAUD Henri – MAZEAUD León – TUNC André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Tomo 2-II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1993, p. 1 y 2

⁸¹ GOLDENBERG Isidoro H. La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 1 Cit. por SAAVEDRA Becerra Ramiro, La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, sexta reimpresión, Bogotá, Ibañez, 2011, p. 533

⁸² SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2013, p. 175 y 176

el de la relación de causalidad. En efecto, el daño ha de ser ‘consecuencia’ del funcionamiento de los servicios públicos. El resultado lesivo no puede producirse de cualquier manera y por cualquier causa, sino que es imprescindible que haya una determinada relación o un nexo de unión entre el mismo y la actuación de la administración. De esta manera podemos definir la relación de causalidad como el enlace o nexo de unión, lógico y real, entre una conducta como causa u origen y un resultado material o formal como efecto o consecuencia de aquella”⁸³ e indica que “el nexo causal es, ante todo, una concatenación de hechos. Desde la actuación se suceden una serie de hechos que desembocan en el resultado dañoso. Pues bien, lógicamente, esta realidad fáctica debe ser probada y acreditada por la persona que alega la existencia de la responsabilidad”⁸⁴

La doctrina española ha evolucionado aún más en la estructuración del concepto, dado el avance constitucional de la inclusión de la cláusula de responsabilidad del Estado con fundamento en la teoría del daño antijurídico, es decir, ha adecuado el concepto de nexo causal al modelo contemporáneo de responsabilidad, en el entendido de que el operador judicial ya no entra a calificar la conducta de quien produce el daño, sino que mira la soportabilidad jurídica del mismo en cabeza de la víctima.

Así expone la doctrina este avance: “*En un sistema de responsabilidad patrimonial como el que rige en nuestro derecho, en el que por su carácter objetivo no se pueden introducir juicios en orden a valorar la conducta subjetiva del causante del daño, es decir, no se puede entrar a examinar si existió dolo o culpa en la actuación, el concepto del nexo causal adquiere una gran relevancia, convirtiéndose en la autentica piedra angular de esta institución jurídica, máxime si tenemos en cuenta que, al tratarse de una responsabilidad por resultado, el nexo causal va a desempeñar la función de elemento o factor clave para*

⁸³ ABOGACÍA General del Estado, Dirección de Servicios Jurídicos del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 219, 220

⁸⁴ ABOGACÍA General del Estado, Dirección de Servicios Jurídicos del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 223

imputar objetivamente el funcionamiento del servicio público al daño”⁸⁵

Como quiera que la Constitución política de Colombia incluyó el mismo concepto español, considero que esta última concepción es la que se debe acoger, aunque aún exista resistencia de la jurisprudencia colombiana en reconocer que la cláusula de responsabilidad consagrada en el artículo 90 establece un régimen objetivo.

Tanto la doctrina nacional como la extranjera convergen a afirmar que existen varias doctrinas o teorías para fundamentar la existencia del nexo causal, así, para Martínez Rave, surgen las teorías como consecuencia de la necesidad de resolver el problema de la concurrencia de hechos causantes del daño, o los relacionados con la presunción de responsabilidad, argumentado que para resolver estos inconvenientes se debe acudir a las teorías que fundamentan la existencia del nexo causal, siendo ellas: “i) *La teoría de la equivalencia de las condiciones o conditio sine qua non, como también se le ha llamado, que propugna porque cualquier causa que intervenga en el resultado origina responsabilidad [...] Se llama equivalencia de las condiciones porque según sus teorizantes todas las condiciones, es decir, los fenómenos, circunstancias o hechos, que intervienen en un resultado, adquieren la categoría de causas, hace responsable a todo aquel que ha puesto una condición en el resultado.* ii) *Teoría de la causalidad adecuada, que los alemanes han logrado imponer últimamente, que sostiene que no todas las causas o condiciones, que concurren a un resultado originan responsabilidad. Hay que separar, escoger, aquellas que realmente sean determinantes en el resultado. A esta tesis se le han acomodado algunas variantes como la de la causa próxima que sostiene que de las causas determinantes es la más próxima en el tiempo la que determina la responsabilidad; la de la causa eficiente según la cual debe escogerse una sola que haya sido determinante en el resultado; la de la causa determinante, una variable de la anterior pero que pretende encontrar la solución en la causa desencadenante del resultado, así no sea la más*

⁸⁵ ABOGACÍA General del Estado, Dirección de Servicios Jurídicos del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 220

próxima”⁸⁶

El tratadista francés Michel Paillet considera que estas teorías o categorías del nexo causal hacen parte del razonamiento del juez y les da la siguiente clasificación: “i) *pudiera uno detenerse sobre una primera concepción, la denominada de la causa próxima del último antecedente, según la cual se tiene como causa del daño el hecho cronológicamente es el más próximo. Se ha visto sin duda que la proximidad temporal puede jugar un papel en la admisión del vínculo de causalidad pero el juez no se detiene forzosamente en el último acontecimiento sobrevenido antes de la intervención del daño, pues él no se impide de ninguna manera remontarse más allá de la cadena de las responsabilidades.* ii) *Una última presentación corresponde a lo que se acostumbra llamar la teoría de las equivalencias de las condiciones. Según esta la causa del daño residiría en cada una de las condiciones necesarias para su realización, en donde todos esos factores se consideran como indispensables para su acaecimiento. La consecuencia de esta aproximación es la deponer sobre un mismo plano todos los elementos que han concurrido necesariamente a la producción del daño, sin que haya lugar a jerarquizarlos o seleccionarlos.* iii) *También se considera por lo general que el juez administrativo se inspira implícitamente en una tercera concepción, llamada de la causalidad adecuada, [...] que proponía tomar como causa del daño el acontecimiento que al momento en que se produce comporta en sí normalmente un daño. Con esta modalidad de razonamiento el juez es conducido a cernir entre el conjunto de los antecedentes del daño para retener solo aquellos que, respecto del concurso normal de las cosas, debían provocarlo lógicamente, se hace pues referencia a la normalidad y la verosimilitud*”⁸⁷

Por la concepción de la cláusula de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y por encontrar su antecedente en la legislación española que contiene el concepto de daño antijurídico a manera de responsabilidad objetiva, es

⁸⁶ MARTÍNEZ Rave Gilberto, La responsabilidad civil extracontractual en Colombia, Bogotá, Biblioteca jurídica Dike, 1989, p. 184 y 185

⁸⁷ PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, 1ª edición, Bogotá, Universidad Externado, 2001, p. 91 y 92

conveniente exponer las teorías que se aplican hoy en la jurisdicción española frente a la existencia del nexo causal, así: “i) *Postura extensiva*: Supone partir de una concepción lo más amplia posible del nexo causal (similar a la denominada en el ámbito del derecho penal teoría de la condición, o de la equivalencia de las condiciones, o de la *condictio sine qua non*). Según la misma, toda condición del resultado, por secundaria, alejada o indirecta que sea, es causa del mismo y por tanto, a efectos causales, todas las condiciones son equivalentes, entendiendo por condición todo factor sin el cual no se produciría el resultado, es decir que lo condiciona. De la misma, también se utilizan fórmulas hipotéticas según las cuales condición o causa es todo aquel factor que si se suprime mentalmente, da lugar a que también desaparezca o se suprima el resultado. Defender un concepto tan amplio de nexo causal en el que toda una serie de condiciones estarían relacionadas entre sí para desembocar al resultado, supone que sea difícil excluir la existencia de relación causal. En definitiva, con el nexo causal únicamente nos movemos en el plano de los hechos, sin introducir valoración de ningún tipo, por el contrario éstas vendrían a través de otros conceptos como el de la imputación objetiva. ii) *Postura restrictiva*: Supone la necesidad de introducir valoraciones a efectos de determinar si existe o no relación de causalidad. Basta con un único concepto (ya no es necesario distinguir entre causalidad e imputación objetiva) que se va modulando con esas valoraciones y que obliga a estudiar si un determinado resultado es imputable objetivamente o adecuado a la actuación llevada a cabo. Esta sería la doctrina más ajustada a la teoría de la causalidad adecuada propia del derecho penal, y a tenor de la cual, solo es causa la condición generalmente adecuada para producir el resultado, y la adecuación se afirma o se niega según sea previsible o imprevisible que tal factor pudiera originar el resultado. iii) *Postura adoptada por nuestra jurisprudencia (la española)*: La jurisprudencia, al aplicar la Ley, se ha decantado por esta segunda postura de la causalidad adecuada; así reproducimos literalmente la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) de 28 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9967), por su interés y su carácter explícito: ‘El concepto de la relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter

general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces que hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, y la doctrina administrativa, tratando de definir qué sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que, sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que la originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento, o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos todos los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios. Así lo hemos animado en nuestra reciente sentencia del 28 de octubre de 1998(RJ 1998, 8420) ”⁸⁸

Si la cláusula de la responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política se estructura sobre la teoría del daño antijurídico, entendido este como aquel que sufre el ciudadano-víctima que no tiene la obligación legal de soportarlo, debemos entender

⁸⁸ ABOGACÍA General del Estado, Dirección de Servicios Jurídicos del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 220, 221 y 222

entonces que la evolución del nexo causal o de la causalidad, va encaminada a determinar ya no si al autor del hecho le es reprochable el daño, sino que se debe analizar si existe un nexo de causalidad entre el hecho en si y el daño, y si existe relación de justificación entre el daño y un derecho que obligue a la víctima a soportarlo, o si por el contrario, el daño no encuentra respaldo jurídico en cuanto a la soportabilidad en cabeza del ciudadano-víctima.

Sostiene la doctrina anglosajona moderna que “*En el derecho de daños la responsabilidad no tiene que ver con una valoración moral de la conducta o las intenciones del agente. La responsabilidad civil, por el contrario, depende de si se ha dañado a otro, de si la conducta propia no logra en respetar los límites que imponen los derechos ajenos, y no de si ese fracaso es culpable. La responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva deben entenderse, por lo tanto, en términos del papel que juegan al concretar la naturaleza de la ilicitud exigida por el derecho de daños, no en términos de la valoración moral de la conducta o intención del demandado. En otras palabras no en términos del reproche*”⁸⁹.

Este postulado anglosajón nos permite llegar a una conclusión frente al caso colombiano de la cláusula de responsabilidad contenida en el artículo 90 constitucional, en el entendido que en nuestro país no se aplica en todos los casos la responsabilidad objetiva, por lo tanto, manteniendo las dos responsabilidades, esto es la subjetiva mediante la falla del servicio y la falla presunta del servicio, es decir, con la participación del funcionario público; y la objetiva, mediante la ocupación temporal o permanente de bienes inmuebles por obras públicas o por guerra, el riesgo excepcional o riesgo creado y el daño especial; debe el operador judicial mirar si se traspasa el límite de los derechos del ciudadano-víctima, si el daño padecido encuentra sustento en sus propias obligaciones legales y constitucionales, es decir, si tiene o no la obligación legal de soportarlo.

No obstante lo anterior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución política que expresamente establece: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados*

⁸⁹ COLEMAN Jules, Justicia Correctiva y responsabilidad extracontractual, Bogotá, universidad Libre, 2013, p. 125

por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, la causalidad pasará a constituirse en una herramienta para determinar la responsabilidad, es decir, bastará con que el operador judicial determine la existencia del daño antijurídico, que ponga sus ojos en la víctima y determine que ese daño padecido no está respaldado en norma constitucional o legal alguna, para luego determinar si es o no imputable a un servidor público, a una autoridad pública, a un patrimonio público a la Nación o al Estado, para que se consolide la obligación de reparar.

2.6. **La imputación**

Dicho lo anterior, se entiende que la causalidad, en la actualidad, sigue siendo el elemento presente en el juicio de imputación que exige al juez la necesaria percepción y aprehensión de la realidad, permitiendo que la imputación se realice fundada en ella misma

Imputar significa “atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reproable”⁹⁰, desde el punto de vista jurídico es demostrar que el hecho dañino es imputable a la persona jurídica de la administración pública, a la Nación, o si se quiere al Estado, que se quiere someter al juicio de responsabilidad o, en últimas, al patrimonio público sobre el cual puede llegar a recaer la obligación de reparar e indemnizar.

La imputación es la acción de imputar, es decir, atribuir la responsabilidad a quien produjo el hecho y, bajo el concepto contemporáneo de daño antijurídico, atribuir la responsabilidad a quien produjo el daño, más que demostrar la culpabilidad de la persona natural que lo produjo. Para el caso de la responsabilidad extracontractual, se deberá buscar quien o que cosa, animal o fenómeno natural fue el productor del hecho para así determinar la imputación correspondiente, anticipándome a que, contrario a lo que han

⁹⁰ www.rae.es

expresado varios tratadistas y alguna jurisprudencia del Consejo de Estado, las causales eximentes de responsabilidad no rompen el nexo de causalidad, sino el nexo de imputación, como lo explicaré más adelante.

Por lo tanto la tarea inicial del juez es verificar la existencia del hecho, verificar el nexo de causalidad con los requisitos expuestos en el capítulo anterior y luego determinar a quien o a que le es atribuible. Para el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal imputación deberá recaer en una entidad pública con o sin participación del funcionario público determinado, sea por acción u omisión, o se trate de responsabilidad sin culpa, como lo veremos más adelante.

En la jurisprudencia francesa encontramos como antecedente de la imputación el fallo Pelletier en el que se expuso, por parte de Long, Weil y Braibant, que el espíritu de este fallo es que la falta personal fue concebida como aquella que se separa suficientemente del servicio de modo tal que el juez puede constatarla sin hacer con ello una apreciación sobre la marcha misma de la administración. En la falta del servicio, por el contrario, el hecho del agente está tan estrechamente ligado al servicio que su comprobación por el juez implicaría, automáticamente, una apreciación sobre el funcionamiento del servicio. En este fallo la falta del servicio se consideró como el funcionamiento anormal del servicio público que incumbe a varios agentes de la Administración, pero que no le es imputable personalmente, distinguiendo tres clases de falta del servicio: i) Cuando el servicio público funcionó mal, ii) cuando el servicio público no funcionó y iii) cuando el servicio público funcionó tardíamente. El mismo fallo consideró que la falta personal es aquella en la cual responde el agente personalmente, sobre su patrimonio ante el juez civil. La falta personal es por oposición a la falta del servicio aquella que se separa del ejercicio de la función. La misma jurisprudencia francesa ha ampliado la noción de falta del servicio y muchos hechos que al principio se consideraron faltas personales se aceptan como fuentes de responsabilidad en el campo administrativo⁹¹.

⁹¹ DUQUE Casas Jaime Alberto, conferencias Universidad Libre, Bogotá, 1999-2014.

Otro antecedente francés sobre la imputación está contenido en el fallo Lemonnier del 28 de julio de 1918, en el cual se constituyó la responsabilidad del Estado porque el agente público, no obstante actuar de manera personal, lo hace valiéndose de los instrumentos o herramientas que la administración puso a su disposición para el cumplimiento de sus funciones. En este caso sostuvo el Comisario de Gobierno *León Blum* que “*la falta se aparta tal vez del servicio, pero el servicio no se separa de la falta*”, concluyendo que “*la falta personal, en estos casos, no está desprovista de todo vínculo con el servicio*”⁹².

Estos antecedentes de la jurisprudencia francesa de finales del siglo XIX y principio del siglo XX dejaron sentadas las bases de la imputación que se han mantenido hasta nuestros días, pero que ante la evolución del control de convencionalidad y ante la cláusula de responsabilidad estructurada sobre el concepto de daño antijurídica, sufrirán una transformación, tal y como lo expondré más adelante.

Sostiene el profesor *Ramiro Saavedra Becerra* que, a diferencia del derecho penal, ni en materia de responsabilidad civil, ni de responsabilidad administrativa, se ha elaborado una teoría más o menos completa de la imputación⁹³. El problema radica, entonces, en determinar con precisión en quien recae la responsabilidad, porque definido el hecho, el daño y su nexo causal, se hace necesario el reproche de responsabilidad a la entidad pública o que recaiga en un servidor público en virtud del servicio que presta o que sea reprochable a la administración desde el punto de vista objetivo, es decir, sin que medie o interese la participación del funcionario público en la producción del hecho dañoso.

La teoría francesa concluyó que existen tres hipótesis de imputación de responsabilidad relacionadas con la Administración pública a saber: i) Que el funcionario público actúe por sí sólo, como persona natural, no como funcionario público, caso en el cual compromete su propia responsabilidad y exonera a la administración, aunque en el caso colombiano encontremos algunas excepciones. ii) Que el daño se impute directamente a la

⁹² DUQUE Casas Jaime Alberto, conferencias Universidad Libre, Bogotá, 1999-2014.

⁹³ SAAVEDRA Becerra Ramiro, Responsabilidad extracontractual de la administración pública, Bogotá, grupo editorial Ibañez, 2011, p.201

administración por desconocimiento del agente que ocasionó el daño o porque no se presentó violación de preceptos jurídicos por parte de los funcionarios que ejecutaron el hecho dañino. iii) Que tanto el agente o funcionario público, como la administración pública a la que pertenecen, sean solidaria, alternativa o acumulativamente responsables por el hecho generado del daño, teniendo la posibilidad la administración de repetir contra el agente público que intervino el desencadenamiento del hecho dañino.

El concepto de imputación ha evolucionado, en un principio, según la tradición francesa basada en la doctrina filosófica espiritualista, con la posibilidad de condenar a una persona por el daño infringido a otra. Se fundamentaba en la culpa y “supone que esa persona es moralmente responsable de sus actos”⁹⁴, por lo tanto, la responsabilidad solo se atribuye a quien tenga uso de razón.

En cuanto a la responsabilidad de las personas ficticias la misma doctrina francesa expuso que: *“no haciendo la ley ninguna distinción, las personas ficticias, [...] son responsables, como los particulares, de los daños que causen [...] La responsabilidad colectiva de la persona moral no excluye la responsabilidad personal de sus directores y, en mi opinión, la de todos los miembros...”*⁹⁵

Sobre la imputación y el nexo causal ha sostenido la doctrina española que *“para poder llegar a determinar la relación de causa – efecto entre una actividad de la Administración y un resultado lesivo, es necesario seguir y demostrar una doble vía, o en otras palabras, se necesitan dos elementos que pasaremos a estudiar: [...] i) El elemento fáctico: El nexo causal es, ante todo, una concatenación de hechos. Desde la actuación se suceden una serie de hechos que desembocan en el resultado dañoso. Pues bien, lógicamente, esta realidad fáctica debe ser probada y acreditada por la persona que alega la existencia de la responsabilidad. ii) Elemento valorativo: En efecto, no basta con lo anterior, sino que es necesario realizar una apreciación jurídica de los hechos, de manera que objetivamente*

⁹⁴ PLANIOL Marcel – RIPERT Georges, Las obligaciones civiles, Bogotá, Leyer, 2005, p. 323

⁹⁵ PLANIOL Marcel – RIPERT Georges, Las obligaciones civiles, Bogotá, Leyer, 2005, p. 327

*podamos imputar el resultado a la actuación inicial, ya que, como se ha señalado, el criterio de la causalidad adecuada supone valorar que, además de la sucesión de condiciones, la causa sea relevante o próxima a la verdadera producción del daño, extremo que debe ser también acreditado por el reclamante”*⁹⁶

Esta responsabilidad de la persona jurídica Estado se trasladó de manera objetiva al ordenamiento jurídico en Francia, específicamente en casos similares al que nos interesa en este trabajo, mediante la Ley del 3 de mayo de 1921, que se refiere a los daños corporales y materiales causados a terceros como consecuencia de sustancias explosivas, corrosivas, tóxicas, etc. que se encuentren en establecimientos públicos o privados que trabajen directamente o como contratistas para la defensa nacional, tanto en tiempos de guerra, como en tiempos de paz⁹⁷. Aquí la imputación es objetiva por mandato expreso de la Ley, es el legislador el que determina de manera clara a quien se le imputa el hecho dañino o, en el derecho contemporáneo, si se quiere, a quien le es imputable el daño antijurídico.

Dentro de la evolución del derecho francés encontramos las tesis planteadas por Michel Paillet, quien establece varias hipótesis de imputación, iniciando su recorrido por “*la noción de culpa personal: La culpa personal, aquella que justifica la imputación del hecho dañino a su autor humano, se define primero por su carácter desprendible. Es decir que ofrece al juez ordinario la posibilidad, conducida después de la Revolución por los principios de separación, de definir un litigio mirando a la Administración sin conocer de un acto administrativo, es decir, por extensión, sin inmiscuirse en el funcionamiento de la Administración. Esta desprendibilidad se considera como real, sea porque la acción del agente es por completo exterior a su función administrativa, sea, en el caso contrario, porque ella se presenta dentro de un contexto particular. La primera solución va de suyo pues la Administración no podría endosar la responsabilidad de los actos cometidos por los agentes en su vida privada: así cuando un diferendo sobreviene entre el propietario y un agente público locatario o cuando a un comandante de puerto se le confía a título*

⁹⁶ ABOGACÍA General del Estado, Dirección de Servicios Jurídicos del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 223 y 224

⁹⁷ JOSSERAND Louis, Teoría general de las Obligaciones, Bogotá, Leyer Editorial, 2007, p. 345

privado la guarda de un navío. La segunda situación es más delicada y supone un llamado a dos tipos de criterios, uno que reposa sobre la intención del agente y otra sobre la gravedad de la culpa cometida por el mismo. La culpa personal en el ejercicio de las funciones es así la que más a menudo se caracteriza en referencia a la intención de su autor, lo que prolonga el análisis de Edouard Laferrière quien, en sus conclusiones sobre el caso Laumonier – Carrioll evocaba ‘el hombre con sus debilidades, sus pasiones’. El condicionamiento psicológico del agente se toma en consideración en la medida en que el agente se separa de las preocupaciones normales dictadas por el interés general para dejarse guiar por sus pasiones personales [...] No será diferente si el agente ha procurado a través del cumplimiento de su servicio un interés exclusivamente personal [...] y también pueden ubicarse en este mismo rubro los casos en los cuales las violencias físicas ejercidas contra un administrado se estigmatizan como culpas personales porque ellas son ‘injustificadas respecto de las prácticas administrativas normales’”⁹⁸.

La jurisprudencia francesa, no obstante considerar la importancia de la culpa del funcionario en la producción del daño y darle importancia a la misma para efectos de hacer la imputación y determinar así si se le podía o no atribuir responsabilidad a la administración, caminó posteriormente a incorporar la actuación del agente público en la falla del servicio, así lo expone el mismo tratadista: “*Pero poco a poco, y a medida que se ha afirmado la voluntad jurisprudencial de absorber la culpa del agente en la falta del servicio, y cuando ciertas actividades públicas no podían desencadenar la responsabilidad administrativa sino en caso de culpa grave, esta segunda variedad ha regresado sin desaparecer de todos modos. Ella se encuentra cuando un agente se hace culpable de una culpa en extremo grave. [...] Pero hay que agregar que en esas especies se ponen en tela de juicio tan solo actuaciones materiales, en tanto que respecto de un acto jurídico irregular la gravedad no se caracteriza por la gravedad de la irregularidad, sino porque su autor haya obrado por motivos extraños al interés general o con particularidad*”⁹⁹

⁹⁸ PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, 1ª edición, Bogotá, Universidad Externado, 2001, p. 108 y 109

⁹⁹ PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, 1ª edición, Bogotá, Universidad Externado, 2001, p. 110

Según esa misma línea jurisprudencial la culpa personal del agente y la vía de hecho, entendida esta como la acción administrativa gravemente irregular que comporta atentado a las libertades fundamentales o a la propiedad, solo comprometen la responsabilidad del agente y no de la administración, cuando actúa fuera de sus funciones, porque cuando se extralimita u omite el ejercicio de las mismas cae en el campo de la falla del servicio, luego en estos últimos casos la imputación recaería ya no en el funcionario como tal, sino en la administración pública como persona jurídica responsable.

Posteriormente la máxima corte francesa, base de los pronunciamientos de las altas cortes en Colombia, incorporó la noción de hecho del servicio definiéndolo como *“aquel que se vincula tan estrechamente a un acto administrativo que no puede considerarse sino que debe ser imputado a la colectividad pública misma. Desde el punto de vista contencioso el hecho del servicio es aquel que no puede ser apreciado por el juez ordinario sin violar el principio de separación [...] es aquel que es indisoluble del funcionamiento de la máquina administrativa tomada en su globalidad, de suerte que no puede imputarse a tal o cual agente tomado en forma individual sino al sujeto de derecho que institucionaliza este conjunto de estructuras y agentes”*¹⁰⁰.

Por esta vía del hecho del servicio el operador judicial dirige su mirada, ya no al funcionario que produjo el daño, sino a la administración pública en general, a aquella que es responsable de la prestación del servicio de la cual se desprendió el daño, para hacerle la imputación directa a esta, sin entrar a determinar la culpa del funcionario, ya por la imposibilidad de perseguir la responsabilidad personal del agente que cometió el hecho, ora porque la administración no puede, por lo demás, repetir contra el agente. Así lo sostiene el mismo tratadista en los siguientes términos: *“... sin desconocer esos argumentos, puede considerarse como más determinante todavía el mecanismo de imputación puesto en obra a través de la noción de hecho del servicio. Este implica en*

¹⁰⁰ PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, 1ª edición, Bogotá, Universidad Externado, 2001, p.114

efecto que la personalidad del agente desaparece del campo de la responsabilidad administrativa. Este desaparecimiento progresivo termina por hacer de la responsabilidad por hecho del servicio menos una responsabilidad por el hecho de otro (la Administración garantiza las acciones de sus agentes) que una responsabilidad por hecho personal de tipo particular (y muy en especial de una persona moral, que en sana lógica no puede cometer culpa)”¹⁰¹

Este camino recorrido por la jurisprudencia y la doctrina francesa llevan a concluir que se ha estructurado una responsabilidad objetiva de la Administración Pública, alejándose de la culpa del agente como tal, circunstancia que guarda estricta relación con la doctrina española del daño antijurídico, acogida por Colombia en la cláusula de responsabilidad consagrada en el artículo 90 del ordenamiento constitucional.

Para la doctrina española la imputación está considerada como “*un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño en base a la relación existente entre aquel y este*”¹⁰², se busca así, en materia administrativa, no una persona determinada a quien imputarle el daño, sino un patrimonio sobre el cual se pueda hacer efectiva la reparación del daño producido.

Sostienen los tratadistas españoles sobre este aspecto que “*El fenómeno de imputación a la Administración de la conducta lesiva de las personas que emplea se detiene, naturalmente, en los límites del servicio público, que es la referencia que la ley utiliza, excluyendo la actividad privada de aquellos. Esto supuesto puede afirmarse que si la conducta del agente se manifiesta en el desempeño o ejercicio del cargo que este ostenta en la organización administrativa, de forma que el daño resultante se presenta externamente como expresión del funcionamiento del servicio, la imputación del mismo a la administración no se excluye ni aún en presencia del dolo penal, supuesto que toda la*

¹⁰¹ PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, 1ª edición, Bogotá, Universidad Externado, 2001, p. 116

¹⁰² GARCÍA de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón, Curso de derecho administrativo Tomo II, Madrid, Civitas, 1995, p. 379

institución gira en torno a la finalidad esencial de proteger al ciudadano. En cambio, si la actividad dañosa es realizada por el funcionario o agente absolutamente al margen de las funciones del cargo, queda excluida la imputación de la misma a la administración [...] para que el daño se impute a la administración no es necesario localizar el agente concreto que lo haya causado. Puede tratarse de daños anónimos e impersonales, no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto a tal. La titularidad de esa organización o servicio justifica por si sola la imputación de los mismos a la Administración, tanto si ese servicio ha funcionado mal, como si no ha funcionado, o si lo ha hecho defectuosamente, y que todos esos supuestos quedan ampliamente cubiertos por la expresión que la ley utiliza”¹⁰³.

La doctrina española busca con la imputación determinar el régimen de responsabilidad aplicable al caso, además de atribuir la responsabilidad en cabeza de una entidad responsable. Sostiene la Abogacía General del Estado: “*El título de imputación como fundamento del régimen de responsabilidad patrimonial. En estrecha relación con la concepción de la responsabilidad patrimonial, se halla el tema del título de imputación, ya que la elección del mismo va a configurar todo el régimen de responsabilidad. En efecto, si el título de imputación supone determinar la razón o el fundamento en virtud del cual un determinado resultado lesivo va a ser atribuido a un sujeto actuante, el establecimiento de un régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones objetivo o subjetivo, va a depender de que para imputar el daño haya que valorar la conducta del causante, utilizando para ello un concepto puramente objetivo, o por el contrario, analizando si intervino con dolo o negligencia*”¹⁰⁴, ahondando aún más la entidad al indicar cuales serían estos regímenes de responsabilidad que servirían de fundamento para tal imputación así: “*Según lo visto, la fórmula genérica que nuestro ordenamiento jurídico utiliza para establecer el título de imputación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones, es el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. No*

¹⁰³ GARCÍA de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón, Curso de derecho administrativo Tomo II, Madrid, Civitas, 1995 p. 391

¹⁰⁴ ABOGACÍA General del Estado, Dirección de Servicios Jurídicos del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 199

obstante, tanto doctrina como jurisprudencia se han referido a un total de cuatro distintos títulos de imputación a efectos de la determinación de la responsabilidad de una Administración respecto de una lesión concreta: A) Que la lesión se produzca como consecuencia directa del ejercicio ordinario del servicio: Lo que GARCÍA DE ENTERRÍA denominaba, ya desde su trabajo de 1955-1956, como los daños derivados de la construcción de obras públicas y los causados por la represión de desórdenes o calamidades públicas, en ambos supuestos sin que se haya producido ninguna falta de la Administración, así como los daños causados por actos no fiscalizables en vía contenciosa administrativa, es decir, los tradicionalmente llamados actos políticos. B) que la lesión obedezca a una anormalidad en el funcionamiento del servicio público: Lo que, igualmente en términos de GARCÍA DE ENTERRÍA, viene referido a la actuación ilícita de la Administración, aunque fuese imputable subjetivamente al agente, cuya culpa asume la Administración como organización responsable ad extra. C) Existencia de una situación de riesgo creada por la Administración en el ámbito del evento dañoso: Lo que implica la imputación del caso fortuito derivado de este riesgo a que la Administración ha sometido, en beneficio propio, a los ciudadanos. D) Producción de un enriquecimiento injusto por parte de la Administración: No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la tercera y cuarta de las causas señaladas no pueden entenderse desvinculadas de las dos primeras, sino al contrario, no pueden generar título de imputación de responsabilidad si no suponen que el daño ha sido consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, título de imputación concreto y específico exigido por la propia Constitución. Según sentencia del Tribunal Supremo del 28 de enero de 1986 (RJ 1986, 69) lo que se pretende es que ‘la colectividad representada por el Estado asuma la reparación de los daños individualizados que produzca el funcionamiento de los servicios públicos por constituir cargas imputables al coste del mismo en justa correspondencia a los beneficios generales que dichos servicios reportan a la comunidad’, o, de otra forma como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1994 (RJ 1994, 4778), ‘configurada legal y jurisprudencialmente, la responsabilidad patrimonial del Estado con la naturaleza objetiva, de manera que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser, en principio, indemnizada, porque, de otro modo, se

*produciría un sacrificio individual a favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad’. Así mismo, en sentencia de 23 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4220) el Tribunal Supremo declara: ‘como hemos declarado, entre otros, en nuestras sentencias de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, 25 de febrero de 1995 y 1 de abril de 1995, si bien la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, 121 y 122 de la ley de Expropiación Forzosa, y respecto de los entes locales por el artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en la que es indiferente que la actuación de la administración haya sido normal o anormal, es imprescindible para declararla que el daño o perjuicio causado sea consecuencia del funcionamiento del servicio público’. En el mismo sentido, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de abril de 2005 (JUR 2005, 196337) ‘El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de sus potestades o en la actuación culposa de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos supuestos otro fundamento, se considera que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad, a todos los ciudadanos, lo justo es que si con ello se causa algún perjuicio, éste se distribuya también entre todos, **de forma que el dato objetivo de la causación de lesión antijurídica por la actuación de la Administración constituye ahora el fundamento de la responsabilidad de la misma**’¹⁰⁵.*

En el derecho español la evolución se decanta en el concepto de antijuridicidad del daño, no de la conducta, por eso la imputación también debe amoldarse a esa evolución, en el entendido que no importa entrar a determinar que funcionario público intervino en la

¹⁰⁵ ABOGACÍA General del Estado, Dirección de Servicios Jurídicos del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 200, 201 y 202

causación del daño, sino que debe mirarse si ese daño sufrido por el particular es o no antijurídico y, si lo es, determinar si proviene de una entidad pública, incluso no es necesario imputar la responsabilidad a título de falla del servicio, falla presunta, riesgo excepcional o daño especial, basta, repito, entrar a determinar si el daño producido en el particular encuentra o no respaldo jurídico, sea Constitucional o Legal.

La doctrina argentina también se ha ocupado de la imputación en los siguientes términos: *“Para que exista responsabilidad es preciso que la lesión pueda ser imputada, esto es jurídicamente atribuida, a un sujeto distinto de la propia víctima. La imputación es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, sobre la base de la relación existente entre aquél y éste”*¹⁰⁶.

Complementa la noción con la siguiente apreciación: *“La regla de la responsabilidad directa del artículo 43 del C.C. (Código Civil) se aplica analógicamente al Derecho Administrativo, pero extendiendo sus alcances a todos los órganos del Estado. Por aplicación de la ‘Teoría del Órgano’, todo funcionario o empleado estatal que tenga asignada competencia y en el marco del ejercicio de sus funciones (aún con incompetencia salvo un exceso manifiesto que coloque a la actividad fuera de ese marco funcional) es en su actuación el Estado mismo, de manera que aquí la responsabilidad es directa y no indirecta. [...] El Estado será responsable aún cuando no pudiera individualizarse el responsable, siempre que pueda atribuirse materialmente el acto o el hecho a la actuación de un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de las funciones”*¹⁰⁷.

Nótese como la doctrina argentina asume la misma posición de las antes citadas, en cuanto a que se materializa la responsabilidad del Estado incluso cuando existe anonimato frente al funcionario que produjo el hecho.

¹⁰⁶ AMENÁBAR María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la administración pública, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2008, p. 264

¹⁰⁷ CASSAGNE Juan Carlos, La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo, en ED 100-990; Cit. por AMENÁBAR María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la administración pública, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2008, p. 265

Ahora, acerca de si la responsabilidad del Estado obedece a un régimen subjetivo u objetivo, la doctrina argentina concluye lo siguiente: *“El elemento de imputación del hecho u omisión a un órgano del Estado, supuesta la concurrencia de los restantes requisitos o presupuestos para que nazca la obligación de indemnizar, traduce la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa, y rige tanto para el funcionamiento normal como anormal o irregular de los servicios públicos, entendiendo este concepto como el conjunto de las funciones públicas a cargo del Estado”*¹⁰⁸

Por último, frente a la responsabilidad personal de los funcionarios públicos establece lo siguiente: *“La cobertura de la Administración no abarca a los daños derivados de actos puramente personales del agente. Pero para que quede excluida la responsabilidad de la Administración, es preciso que la actividad dañosa del funcionario o agente haya sido realizada absolutamente al margen de las funciones del cargo, sin relación alguna con el servicio. Ello es así porque el fenómeno de la imputación al Estado de la conducta lesiva de las personas que emplea, se enmarca en los límites del servicio cuya irregular o insuficiente prestación origina el daño. Si la actividad dañosa del agente es realizada absolutamente al margen de las funciones del cargo, no resulta atribuible a la Administración”*¹⁰⁹

La doctrina argentina es concordante con la doctrina y la jurisprudencia francesa y española, en cuanto a la estructura de la imputación y sus elementos determinantes, esto es, en cuanto a la relación existente entre el hecho y la administración, independiente de la posición del funcionario público productor del hecho, de su identificación o anonimato.

Sobre la imputación ha sostenido la Corte Constitucional que, *“En principio, la responsabilidad patrimonial del Estado se restringe a la que opera como consecuencia de las acciones u omisiones de las autoridades públicas nacionales. Es éste el primero y más*

¹⁰⁸ CASSAGNE Juan Carlos, La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo, en ED 100-990; Cit. por AMENÁBAR María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la administración pública, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2008, p. 265 y 266

¹⁰⁹ AMENÁBAR María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la administración pública, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2008, p. 266

sencillo entendimiento del artículo 90 constitucional. La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, ***con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública.***

El concepto anterior se deduce de los elementos estructurales del artículo 90 constitucional que, interpretados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, prescriben las dos condiciones ***‘indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas’.*** En principio, la responsabilidad patrimonial del Estado se restringe a la que opera como consecuencia de las acciones u omisiones de las autoridades públicas nacionales. Es éste el primero y más sencillo entendimiento del artículo 90 constitucional. El concepto anterior se deduce de los elementos estructurales del artículo 90 constitucional que, interpretados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, ***prescriben las dos condiciones ‘indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas’.***

Siguiendo dichos lineamientos la Corte subrayó que: ***‘... la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder***

por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización’ (Sentencia C-333 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero) Y en otra ocasión sostuvo: ‘... este alto Tribunal, coincidiendo con la línea doctrinal elaborada por el Consejo de Estado, en la Sentencia C-333 de 1996, se pronunció sobre el verdadero alcance de esta norma, aclarando que la misma, al margen de establecer el imperativo jurídico de la responsabilidad estatal, consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos y, por tanto, se proyecta indistintamente en el ámbito extracontractual, precontractual y contractual’ (Sentencia C-892 de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil)”¹¹⁰

La Corte Constitucional culmina su apreciación uniendo la imputación al concepto del daño antijurídico en los siguientes términos: *“La jurisprudencia constitucional ha tomado como base la del Consejo de Estado para subrayar la idea de que la antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. En estos términos el Consejo de Estado dijo: ‘Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo”. Por consiguiente, concluye esa Corporación, “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva’.*

Así mismo, la Corte ha sostenido que este concepto armoniza sistemáticamente con la

¹¹⁰ CORTE Constitucional, expediente LAT-229, sentencia del 25 de marzo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá.

regulación constitucional de los derechos individuales, pues se entiende que ante el incremento de la actividad del poder público se impone la necesidad de reforzar los mecanismos de protección de los particulares, ‘al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades’.

De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública. En efecto, el régimen de responsabilidad patrimonial conocido como ‘de daño especial’ prescribe que gracias a la vigencia de principios constitucionales como la solidaridad (Art. 1º C.P.) y la igualdad (Art. 13 C.P.), la sociedad está obligada a indemnizar el daño excepcional o anormal ocurrido como consecuencia de la actividad lícita del Estado, toda vez que rompería con el principio de equidad que dicha actividad perjudicare sólo a algunos individuos, habiendo sido desplegada en interés de la colectividad.

El otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al Estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados.

Adicionalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la imputación del daño no debe confundirse con la causación material del mismo, dado el amplio espectro de compromisos que el Estado adquiere en el ejercicio de sus funciones. Por ello, al determinar la responsabilidad patrimonial del Estado ‘es menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la ‘imputatio juris’ además de la imputatio facti’.

De conformidad con dicha tesis, ‘mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo los mandatos de la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos’ (art. 28, ley 80 de 1993) en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista para citar algunas disposiciones, en el inciso 2° del artículo 90 de la C.N y en el artículo 77 del CCA; la igualdad de las personas ante la Ley (art. 13 de la C.N, entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia art. 40 del CPC, art. 414 del CPP, etc), la inconstitucionalidad de la Ley declarada judicialmente, y principios de justicia de equidad como éste del no enriquecimiento sin causa”¹¹¹

La imputación así vista implica que se elabore un raciocinio que le permita al operador judicial establecer con claridad cual es la causa del daño y, con ella, determinar cual es el régimen de responsabilidad que se debe aplicar al caso específico, esto es, si se trata de una falla del servicio, si estamos frente a una falla presunta del servicio, ante un riesgo excepcional creado por la administración para satisfacer servicios que favorecen a la comunidad pero que imponen riesgos a determinados particulares o si, de manera subsidiaria, se debe acudir al daño especial, régimen en virtud del cual el operador judicial no evalúa la ilicitud de la actuación de la administración, es decir, se fundamenta en que la actuación de la administración es lícita, pero no obstante su juridicidad, se produce el daño en el particular como consecuencia de la ruptura de la ecuación de la igualdad en el reparto de las cargas públicas, régimen subsidiario, repito, que se aplica si no se puede imputar la responsabilidad de la administración mediante otro régimen. Estos regímenes que se aplican en Colombia se explicaran posteriormente y se abordará su evolución a la luz de las nuevas teorías de responsabilidad establecidas por la doctrina y la jurisprudencia.

¹¹¹ CORTE Constitucional, expediente LAT-229, sentencia del 25 de marzo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá.

El máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, ha sostenido sobre la imputación que “... *en el derecho administrativo sin imputabilidad no puede haber responsabilidad; y las condiciones necesarias para que de un perjuicio se haga responsable a una persona son: a) Que el hecho perjudicial le sea imputable. b) Que el perjuicio sea una consecuencia cierta e inevitable del hecho perjudicial...*”¹¹²

Consejo de Estado ha desarrollado el concepto de la imputación a través de varias jurisprudencias que me permito exponer a continuación: “*El daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la Doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (...) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación, bien sea a través del régimen subjetivo (falla en el servicio) o del objetivo (riesgo excepcional y daño especial)*”¹¹³. Esta sentencia asume la misma perspectiva que asumió la Corte Constitucional en cuanto a que se debe imputar la responsabilidad a través de los regímenes de responsabilidad.

El mismo Consejo de Estado sostuvo en jurisprudencia posterior: “*Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas. (...) De acuerdo con lo que ha establecido esta Sección, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar primeramente, lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse antijurídico; solo bajo la*

¹¹² CONSEJO de Estado, Sección Tercera, Bogotá, C.P. José Alejandro Bonivento Fernández, Expediente 2252, sentencia del 9 de agosto de 1984.

¹¹³ CONSEJO de Estado, Sección Tercera, Bogotá, C.P. Hernán Andrade Rincón, expediente 20.496, sentencia del 12 de mayo de 2011.

premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de “realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”. En el caso sub lite, las heridas sufridas por el señor Otálora Celis son suficientes para acreditar el daño antijurídico del cual se derivan los perjuicios cuya indemnización solicitan sus familiares. [...] En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la “atribución de la respectiva lesión”; en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”¹¹⁴. Para el Consejo de Estado, una vez definido el daño como antijurídico, esto es, el que sufre la persona y que no tiene la obligación legal de soportarlo, se deberá identificar a que título se imputa ese daño a la autoirriad pública, es decir, a través de cual de los regímenes de responsabilidad se le debe atribuir la obligación de indemizar a la autoridad administrativa o nacional que produjo el hecho.

En conclusión, basta con que la imputación recaiga en un funcionario público si es identificado y que haya actuado en el ejercicio de sus funciones, o en una entidad pública o en un patrimonio público para que surja la responsabilidad del Estado, independientemente de que se pueda identificar el funcionario público causante del daño.

2.6.1. La imputación y los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado:

El operador judicial acude a los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado para efectos de hacer la imputación en la actualidad. Estos regímenes son de origen francés y en Colombia de construcción jurisprudencial, consagrando dos clases de imputación, la

¹¹⁴ CONSEJO de Estado, Sección Tercera, Bogotá, C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz, expediente 23.300, sentencia del 9 de mayo de 2012.

subjetiva, integrada por la falla del servicio y la falla presunta del servicio; y la objetiva, constituida por la ocupación de bienes inmuebles por obra pública y por guerra, el riesgo excepcional y el daño especial. Abordaré los anteriores con excepción de la ocupación de bienes por considerar que no tiene relación con el tema objeto de estudio, así:

2.6.1.1. **La falla del servicio**

La jurisprudencia francesa instituyó el concepto de la falla del servicio desde la aparición del fallo Blanco, que le da nacimiento a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cuanto a la competencia de conocer de los asuntos que comprometan la responsabilidad de la administración pública a través de la intervención de sus funcionarios. Posteriormente el fallo Pelletier incorporó la falta del servicio como *una falta en el funcionamiento normal del servicio público que incumbe a varios agentes de la administración pero que no le es imputable personalmente*, distinguiendo en ese fallo tres clases de falta del servicio: i) Cuando el servicio público funciona mal; ii) cuando el servicio público no funciona; iii) Cuando el servicio público funcionó tardíamente. El fallo Pelletier también incluyó el concepto de falta personal como aquella en la cual responde el agente personalmente, sobre su patrimonio ante el juez civil. La falta personal es por oposición a la falta de servicio aquella que se separa del ejercicio de la función. Luego de estos fallos se produce el fallo Lemonnier, del 28 de julio de 1918, en el que se aclara el concepto de falta personal frente a la falla del servicio cuando el funcionario se vale de los instrumentos, elementos o herramientas que le ha entregado el Estado para ejecutar el hecho dañino, indicando que en aquellos casos en los que la falta personal del agente de la administración sólo puede ser cometida mediante la utilización de los instrumentos, competencias o poderes puestos a su disposición por el servicio mismo o las normas que lo regulan se produce la responsabilidad del Estado. Para León Blum, comisario del Estado en el caso Lemonnier, “*La falta se aparta tal vez del servicio, pero el servicio no se separa de la falta*”, concluyendo que la acumulación de responsabilidades se admite cada vez que la falta personal no está desprovista de todo vínculo con el servicio.

A partir de las bases anteriores la doctrina francesa se ha pronunciado sobre la falla del servicio ligándola a la culpa del servidor público. Sostiene el tratadista Michel Paillet, apoyándose en Haurion y en Tommaso Greco, que *“la doctrina considera por lo general que la culpa de servicio (falla) ‘será apreciada en concreto según los hábitos de diligencia del servicio’”*¹¹⁵, argumentando más adelante que con apoyo en Laurent Richer, que: *“la faute d’organisation (falla) conduce, en efecto, a apreciar la marcha del servicio que causa daño en función de lo que habría debido ser la articulación de sus medios y de su estructura. En ese contexto, la ausencia de medios puede convertirse no en una excusa absolutoria sino, al contrario, en un factor de estigmatización de esta organización defectuosa”*¹¹⁶.

Para Jean Riverô la falla del servicio es *“una falla en el funcionamiento normal del servicio que incumbe a uno o varios agentes de la Administración pero no imputable a ellos personalmente”*, para el profesor Chapus, citando a Planiol, la falla del servicio es *“una falta a una obligación preexistente”*¹¹⁷

Así, la doctrina francesa estructura la falla del servicio en la culpa de la administración, a través de la culpa de sus funcionarios, por incumplimiento de unas obligaciones constitucionales o legales predeterminadas.

Más recientemente el tratadista Juan Carlos Peláez Gutiérrez, citando al profesor Moreau, expuso: *“La faute de service constitue, más que un fundamento, una condición para que la responsabilidad del Estado pueda ser declarada. En este orden de ideas, él prefiere utilizar la expresión responsabilité à base de faute de service en lugar de responsabilité pour faute de service. El razonamiento del profesor francés es el siguiente: ‘la falla del servicio es*

¹¹⁵ PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 166.

¹¹⁶ PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 168.

¹¹⁷ RIVERÓ J. y CHAPUS R. cit. por Peláez Gutiérrez Juan Carlos, Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos terroristas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p.34

una condición y no un fundamento, pues si toda falta en derecho público como en derecho privado es una violación de una obligación preexistente (Planiol), la noción de falla de servicio es una noción derivada que reenvía a la noción de obligación. A su vez, la noción de obligación es una noción secundaria que reenvía a la noción de derecho. En este orden de ideas, dice el profesor Moreau si quisiéramos encontrar el fundamento en el caso de falla del servicio debemos buscarlo en la idea de que los usuarios tienen derecho a un funcionamiento normal del servicio. Si la administración falta a esta obligación, ella comete una falla que compromete su responsabilidad’. (Curso magistral de responsabilidad Administrativa, Universidad Pantheón-Assas, 1997-1998)”¹¹⁸

La tesis del profesor Moreau encuentra plena acogida en el nuevo concepto de responsabilidad por daño antijurídico, es decir, aquel que el ciudadano no tiene la obligación legal de soportarlo, porque al establecerse la responsabilidad con base en la falla del servicio y no por falla del servicio, pone al Estado en la posición de respetar los derechos del ciudadano y, en consecuencia, asume tal obligación de respeto y, más que de respeto, de garante del ejercicio de esos derechos por parte del ciudadano, pudiendo concluir que con la posición del profesor francés se camina hacia una responsabilidad objetiva del Estado por incumplimiento de sus obligaciones frente a los derechos de los ciudadanos, incluyendo en ellos, como lo sostendré más adelante, en su momento, a los miembros activos de la fuerza pública.

La doctrina española, por su parte, también se ha pronunciado sobre la falla del servicio, pero la bautiza como el *funcionamiento normal de los servicios públicos*. Sostiene la doctrina española sobre el concepto de servicio público que: “*en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, es que no estamos ante el concepto técnico jurídico de servicio público propio de Derecho Administrativo, sino ante una acepción vulgar o no jurídica del término. De esta manera nada tiene que ver el servicio público a efectos de*

¹¹⁸ MOREAU J., Curso magistral de responsabilidad Administrativa, Universidad Pantheón-Assas, 1997-1998, cit. por Peláez Gutiérrez Juan Carlos, Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos terroristas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 27 y 28

responsabilidad con la idea de publicatio o la de actividad de la administración dirigida a proporcionar utilidad a los particulares en el cumplimiento de sus funciones dirigidas al interés general, sino que, al contrario, en esta materia concreta, el servicio público se entiende en el sentido más amplio posible, como cualquier actividad, gestión o actuación propia de la Administración, inherentes a su natural quehacer, incluyendo el ejercicio de potestades administrativas, como las meras actividades materiales, como las omisiones o pasividades cuando la Administración tiene el deber de obrar o comportarse de un modo determinado, e incluso la simple titularidad de competencias. Como ha puntualizado MARTÍN REBOLLO, ‘a partir del común entendimiento de que la expresión servicios públicos se está empleando aquí en sentido equivalente a actividad administrativa, ello supone que quedan incluidos en el ámbito del sistema los daños imputables a todo tipo de actuación de la Administración, tanto formal como simplemente material, y tanto si dicho daño deriva de la acción personal, identificable y conocida de un empleado público, como si trae causa de una acción u omisión anónima o intrínseca al servicio. [...] esto supone que para que se pueda imputar a la administración el resultado lesivo dañoso producido, es indiferente que esta haya actuado lícita y diligentemente, dentro de los márgenes que la ley le permite (funcionamiento normal del servicio público), o por el contrario su actitud haya incurrido en algún tipo de ilicitud (funcionamiento anormal del servicio público)’¹¹⁹. Queda claro así, que para la doctrina española la falla del servicio es equivalente a la prestación normal o anormal del servicio público con el alcance de este concepto que se acaba de exponer y teniendo en cuenta que tanto en el funcionamiento normal, como en el anormal, se deberá producir como consecuencia un resultado lesivo dañoso.

Sobre la organización administrativa como título de imputación básico a través de la normalidad y anormalidad del servicio público, sostiene Eduardo García de Enterría que “*la solución a este problema, que ha exigido ingentes esfuerzos mientras la responsabilidad de la Administración se ha configurado como una simple cobertura de la responsabilidad personal de sus agentes por razón de los daños producidos por la actividad ilícita de estos,*

¹¹⁹ ABOGACÍA General del Estado, Dirección de Servicio Jurídico del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, p. 202, 203 y 206

es ahora muy simple en nuestro Derecho vigente, desde el momento en que los textos legales articulan esa responsabilidad con carácter directo sobre la base del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. La titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño es, pues, suficiente para justificar la imputación del mismo a la Administración sin mayores dificultades, y ello tanto cuando el perjuicio tiene su origen en la actuación, legítima o ilegítima de una persona física que obra por cuenta de aquella, como cuando esta persona refiere a sí misma su actuación aunque obrando dentro de la organización administrativa, como cuando se trata de daños anónimos que se presentan como consecuencia de un comportamiento impersonal o propio de la institución en sí misma considerada, o incluso, de un acaecimiento fortuito...»¹²⁰

La doctrina española constituye, entonces, la falla del servicio sobre la prestación normal o anormal del servicio público, entendido este último en su acepción más extensa, es decir, abarcando todos aquellos aspectos, circunstancias y hechos en que se desenvuelve la Administración Pública con relación a sus administrados, pudiendo recaer la imputación de falla del servicio en la organización administrativa misma. Cuestiono en particular, como pasaré a explicarlo más adelante, que quedan por fuera de esa imputación las imputaciones que se hacen al Estado a través de otros de sus elementos, por ejemplo la imputación que se hace a la Nación cuando quien actúa son fuerzas militares, por ejemplo.

En la doctrina colombiana se ha definido la responsabilidad por falla del servicio asimilando las dos teorías, tanto la francesa, como la española. En efecto, para Ramiro Saavedra Becerra, quien fuera consejero de Estado, estima que *“La responsabilidad por falta o falla del servicio, hoy entendida como responsabilidad por funcionamiento anormal, o también como inactividad de la administración, ha sido el más antiguo y utilizado fundamento de la responsabilidad administrativa, al punto que ha constituido en los sistemas que siguen el modelo francés el régimen de derecho común en la materia, y fue la*

¹²⁰ GARCÍA de Enterría Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo, Madrid, Editorial Cívitas, 1995, p.387

especie más importante de las desarrolladas por la jurisprudencia colombiana, al menos a partir de 1964” y al referirse a la teoría francesa, con apoyo en el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, introduce la siguiente explicación sobre el origen francés: “... en francés no existe una palabra con la misma raíz de ‘culpa’ (aunque sí existe culpabilidad: culpabilité). El equivalente es ‘faute’, por lo que la traducción correcta de la ‘faute de service’ es ‘culpa del servicio’. Pero desde luego, en castellano ‘falta’ no equivale necesariamente a ‘culpa’: una falla puede ser exclusivamente física, material o instrumental sin ninguna connotación ética, moral o jurídica, lo que permite darle a la expresión falla del servicio un sentido menos ligado a esos conceptos, y más próximo al de ‘mal funcionamiento’”¹²¹.

Estas definiciones de la falla del servicio encontraron su desarrollo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos: *“Es la violación al contenido obligacional que se le impone al Estado. Se caracteriza porque: i) Existe una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia de servicio. ii) Lo anterior implica que la administración ha actuado o dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano. iii) Un daño, que implica una lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo etc. con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc. iv) Una relación de causalidad entre la falta o la falla de la administración y el daño, sin la cual, aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización”¹²²*

Posteriormente el Consejo de Estado expuso sobre la falla del servicio: **“En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación —conducta activa u omisiva— del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del**

¹²¹ SAAVEDRA Becerra Ramiro, La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Bogotá, Ibañez, 6ª reimpresión, 2011, p. 231 y 232.

¹²² CONSEJO de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 1976, Bogotá.

***Estado**, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la administración y se constituye en un juicio de reproche. Por su parte, en ese campo la entidad pública demandada podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada o si demuestra que el nexo causal era apenas aparente, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho también exclusivo y determinante de un tercero. Con esta óptica, entra la Sala a determinar si en el caso que aquí se decide se configura, o no, la responsabilidad de la administración”¹²³.*

Con fundamento en lo anterior debemos tener en cuenta que cuando hablamos de falla del servicio estamos refiriéndonos a la actividad reglada de la administración, es decir, debemos traer a nuestra mente, de manera automática, los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política. El primero consagra el principio de legalidad que indica que los particulares son responsables por la violación de la Constitución Política y la ley, mientras que los funcionarios públicos lo serán por las mismas razones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, sintetizándose en el aforismo que reza que el funcionario público sólo puede hacer lo que le está permitido, mientras que el particular puede hacer todo aquello que no le esté prohibido, debiendo recordar, igualmente, que ese principio de legalidad se instituyó como una talanquera, como una limitante al ejercicio del poder público, ligado más a la actividad administrativa y al ejercicio del poder administrativo que a otros aspectos o circunstancias de ese ejercicio del poder. Concordante con el principio anterior el artículo 121 dispone, expresamente que “**Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley**”, mandato que incluye a todas las autoridades del Estado, incluyendo a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Por su parte, igualmente concordante, el artículo 122 dispone que “*no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o*

¹²³ CONSEJO de Estado, Sección Tercera, Sentencia 17927, 11 de noviembre de 2009 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

reglamento”. Resalto lo anterior porque cuando se habla de falla del servicio se está ante una actividad reglada de la administración y, para que exista ella, ha debido el funcionario público apartarse, en el desarrollo de la actividad o de la operación administrativa, de las normas rectoras de la función pública que ejerce, en otras palabras debió omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus competencias.

En presencia de lo anterior es evidente que en la falla del servicio debemos remitirnos a la Constitución Política, a la ley y al reglamento. No se deben confundir estos planteamientos con las causales de nulidad de los actos administrativos, porque estas obedecen a un raciocinio diferente.

El Consejo de Estado Colombiano ha determinado cuales deben ser los elementos constitutivos de la falla del servicio indicando que: “Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada ‘FALTA O FALLA DEL SERVICIO’, o mejor aún falta o falla de la administración, trátase de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado. Está en la fuente común y más frecuente de la responsabilidad Estatal y requiere, con fundamento en lo antes expuesto, que exista: “a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia de servicio. b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano. c) Un daño, que implica una lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo etc. con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc. y d) Una relación de causalidad entre la falta o la falla de la administración y el daño, sin la cual, aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización”¹²⁴.

Por último será determinante establecer con precisión si la falla del servicio es aplicable o no a los hechos de la guerra y el terrorismo con relación a los miembros de la fuerza

¹²⁴ Consejo de Estado Sección 3ª sentencia del 28 de octubre de 1976.

público, asunto que abordaré cuando me adentre en ese tema.

2.6.1.2. **Falla presunta del servicio**

También se ha conocido como la presunción de falta. Este régimen en Colombia se ha desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente.

Se debe, como primera medida, distinguir la presunción judicial, presunción legal y los indicios. Por presunción se entiende *“la consecuencia que la ley o el juez saca de un hecho conocido a un hecho desconocido, cuya existencia se hace verosímil por el primero. Este procedimiento técnico acarrea, con respecto a aquel que lo beneficia, la dispensa de probar el hecho desconocido, difícil o imposible de establecer directamente, pero con la carga de aportar la prueba más fácil del hecho conocido, pero salvo el caso, cuando la presunción es relativa, de la de la prueba, por su adversario, de la inexistencia del hecho desconocido presumido, de donde se infiere, en este caso, una inversión de la carga de la prueba”*¹²⁵. Por presunción legal absoluta, que es aquella establecida por el legislador, es la *“llamada también irrefragable, o juris et de jure, es la presunción legal que no puede ser desvirtuada por ninguna prueba contraria”*¹²⁶, mientras que la presunción simple *“llamada también juris tantum o refragable, es la presunción legal que puede ser desvirtuada por la prueba contraria”*¹²⁷.

Sostiene el tratadista Ramiro Saavedra Becerra que *“la doctrina no es unánime al establecer por ejemplo una clara distinción entre la presunción judicial y los indicios. La presunción judicial permite calificar o sopesar el mérito probatorio de los indicios, y por lo tanto no puede confundirse con ellos. Por ello mismo el indicio puede ser anterior, coetáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga, mientras que la presunción judicial tiene que darse después de que el hecho investigado y el indiciario han ocurrido. Pero además la presunciones se fundan también en la evaluación de todas las demás*

¹²⁵ ASOCIACIÓN Henri Capitant, Vocabulario jurídico, Bogotá, Editorial Temis, 1995, p. 681

¹²⁶ ASOCIACIÓN Henri Capitant, Vocabulario jurídico, Bogotá, Editorial Temis, 1995, p. 681

¹²⁷ ASOCIACIÓN Henri Capitant, Vocabulario jurídico, Bogotá, Editorial Temis, 1995, p. 681

pruebas”, sosteniendo luego que “es claro, por otra parte, que la admisión de las presunciones de falta constituye en cierto modo una aproximación a las soluciones de la responsabilidad objetiva, en la medida en que, aunque subsiste la falta o culpa como fundamento de la responsabilidad, el traslado de la carga probatoria al demandado aligera la tarea del actor”¹²⁸.

Este régimen fundado en la presunción de responsabilidad, difiere de la presunción de culpa. En la primera, la Administración se exonera de responsabilidad si prueba que el hecho ocurrió por fuerza mayor, por el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero; en la segunda se exculpa si prueba que actuó con toda diligencia en la atención del servicio al ciudadano. Sobre este aspecto ha sostenido la doctrina colombiana que *“hay presunción de falla cuando al demandado se le permite demostrar diligencia y cuidado, así no establezca la causa del daño, ni se le exija la prueba de una causa extraña. Es la demostración de que el causante del daño ha actuado como un hombre diligente y avisado. En cambio, en la responsabilidad objetiva, llamada también presunción de responsabilidad, al demandado no le basta con probar ausencia de culpa. Le corresponde, por el contrario, establecer cual fue la causa del daño, y que esa causa le es extraña, es decir, le fue irresistible y jurídicamente ajena o exterior”¹²⁹*. Este aspecto es importante porque de él se desprenden los hechos que constituyen presunción de responsabilidad y presunción de culpa y se encuentra el porque se debe plantear la primera en estos casos y como la presunción de culpa sirvió para excluir un hecho de la falla del servicio, veamos.

Para Tamayo Jaramillo la jurisprudencia y la doctrina están mayoritariamente de acuerdo en que, en aquellos casos en que la Administración se libera de responsabilidad al probar causa extrañas, como la fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero, estamos *“no ante una presunción de falla o culpa, sino más bien ante una presunción de responsabilidad o de causalidad”¹³⁰*, argumentado a renglón seguido, con

¹²⁸ SAAVEDRA Becerra Ramiro, La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Bogotá, editorial Ibañez, 2011, p. 287 y 288

¹²⁹ TAMAYO Jaramillo Javier, La responsabilidad del Estado, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 70

¹³⁰ TAMAYO Jaramillo Javier, La responsabilidad del Estado, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 72

fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, que “*en la presunción de falla o culpa libera la diligencia y cuidado, en la presunción de responsabilidad o de causalidad solo libera la ruptura del nexo causal, ruptura que solo se consigue mediante la prueba de una causa extraña (fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o hecho exclusivo de la víctima)*”¹³¹, postura que no comparto, ni del tratadista, ni del Consejo de Estado, por considerar que lo que se rompe no es el nexo de causalidad, sino el nexo de imputación, porque al fin y al cabo el hecho existió, el daño antijurídico se produjo, pero no le es imputable a la administración, sino a la fuerza mayor, al hecho de un tercero o al hecho de la propia víctima, luego el nexo causal se mantiene y lo que ocurre, realmente, es que el nexo de imputación se desvía o desplaza a un hecho de fuerza mayor, al tercero o a la víctima misma. Si traemos la ecuación de la responsabilidad propuesta, que ahora desarrollamos, encontramos ese fenómeno así:



¹³¹ TAMAYO Jaramillo Javier, La responsabilidad del Estado, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 72

Como se aprecia en la gráfica, el nexo de causalidad dista mucho del desplazamiento o desvío del nexo de imputación. Lo cierto es que el hecho existe, el daño existe, pero no le es imputable a la administración, la Nación o el Estado, sino a un hecho de fuerza mayor, a la víctima misma o a un tercero.

Explicado lo anterior trataré de estructurar un concepto y una definición de la falla presunta del servicio, a partir de la teoría del riesgo en la ejecución de actividades peligrosas sobre la cual se funda.

Sostiene con precisión Tamayo Jaramillo que *“una actividad será peligrosa cada vez que, con cosas o sin ellas, una persona moral o jurídica, con su actividad genera más peligro de daño de los que, por sí misma, está en capacidad de soportar una persona. (Para nosotros, peligrosa es toda actividad, que una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí sólo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno, o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos) La ruptura de ese equilibrio de riesgos con los cuales la naturaleza dotó a los individuos exige que el agente de esa ruptura asuma sus consecuencias”*¹³². Para J.M. Auby, citado por André de Laubadère, *“La responsabilidad de la administración debería considerarse comprometida cada vez que entre la administración y la víctima se establece una desigualdad caracterizada por las posibilidades de causar o de sufrir un daño, cuando esas posibilidades han sido acrecentadas por los medios de acción de la administración a menos que la misma víctima los haya acrecentado con su situación o su actitud”*¹³³. Nótese que al unir los dos postulados encontramos que se presumirá la responsabilidad de la administración siempre que, **con sus actividades de servicio**, incremente las posibilidades de daño en los particulares.

¹³² TAMAYO Jaramillo Javier, La responsabilidad del Estado, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 77

¹³³ Cit. por TAMAYO Jaramillo Javier, La responsabilidad del Estado, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 77

Históricamente la falla presunta del servicio nació, no de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sino de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación Civil, en sentencia del 30 de junio de 1962, cuyo ponente fue el Magistrado José de J. Gómez, quien precisó la responsabilidad de las personas jurídicas, dentro de ellas el Estado, no obstante mantuvo la noción de culpa en los siguientes términos: *“La noción de la culpa subsiste, pero se desplaza desde un sujeto individual al Estado, por razón del deber referido, de suerte que, donde quiera que tales prestaciones fallen con la consecuencia de un daño, la administración habrá dejado de cumplir sus deberes sociales e incurrido, por consiguiente, en responsabilidad. Y en mérito de la gravedad y transparencia de dichos suministros, puesto que de ellos depende la convivencia social u la posesión de los bienes espirituales, morales y materiales que permitan al hombre el alcance de sus aspiraciones y fines, se impone la presunción de culpa en el Estado como sucede, por ejemplo, en la responsabilidad indirecta por los hechos ajenos, o en la que caracteriza las actividades peligrosas. Tal presunción no puede desvirtuarse, en consecuencia, sino probando el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima. Todo lo cual enseña que no se trata de una responsabilidad objetiva. La responsabilidad estatal a estos respectos tiende a generalizarse a manera de seguro permanente o con respaldo en la teoría del riesgo creado, a favor de los particulares por los quebrantos que sufran con ocasión de las irregularidades de los servicios públicos, comprendidos naturalmente los casos fortuito, los hechos de terceros y aún la culpa del damnificado”*¹³⁴. Esta jurisprudencia fue modificada posteriormente por la misma Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, al establecer las diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor, las cuales precisaré más adelante.

El Consejo de Estado consolidó como principio el régimen de falla presunta del servicio a partir de 1989, incluyendo las siguientes actividades peligrosas: i) Daños causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio, mediante la sentencia del 3 de marzo de 1989, expediente 5290; sentencia del 28 de abril de 1989, expediente 3852;

¹³⁴ CORTE Suprema de Justicia, Anales, tomo XLIV, Bogotá, 1962.

sentencia del 25 de octubre de 1991, expediente 6465. ii) Daños causados con arma de fuego de dotación oficial, mediante sentencia del 31 de julio de 1989, expediente 2852. iii) Daños causados con vehículos automotores, sentencia del 19 de diciembre de 1989, expediente 4484. iv) Muerte y lesiones de personas detenidas en establecimientos carcelarios y penitenciarios, sentencia del 5 de marzo de 1991, expediente 6691. v) Daños derivados de la prestación del servicio médico y hospitalario mediante sentencia del 24 de octubre de 1990, expediente 5902 y sentencia del 30 de julio de 1992, expediente 6897. En estas cinco actividades se presume que existe culpa de la administración, la Nación o el Estado, por los daños que sufran sus administrados como consecuencia de las actividades que se desarrollen en la prestación de los servicios que impliquen la utilización de las herramientas generadoras del peligro o que la actividad misma revista peligro en su propia ejecución, sin importar los instrumentos de que se valga la administración para su ejecución.

La posición jus privatista de la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, que sostenía que se presumía la culpa, no la responsabilidad fue modificada por la sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 1995 con el siguiente tenor literal: “... *se concluye que la Sección Tercera modificó la jurisprudencia adoptada por la Sala Plena Contenciosa de la Corporación, en cuanto hace derivar la falla presunta del concepto de actividad peligrosa o elemento peligroso de las armas de dotación oficial, lo que no se puede desligar del concepto de responsabilidad por culpa in vigilando, propio del derecho civil cuando la jurisprudencia imperante de acuerdo con las sentencias transcritas fundamenta la responsabilidad del Estado en normas, principios y teorías propias del derecho público; por lo anterior puede afirmarse que la concepción de la falla presunta se deriva de un enfoque jus privatista de la responsabilidad extracontractual que es claramente contrario a lo sostenido por la Sala Plena Contenciosa en esta materia*”¹³⁵

¹³⁵ CONSEJO de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 1995, expediente S-123, Bogotá.

Sobre este aspecto sostiene el tratadista y exmagistrado del Consejo de Estado Ricardo Hoyos Duque: *“Se trata de presunciones de hombre o judiciales, pues como lo señala el profesor Perelman ‘al lado de los hechos y verdades a veces partimos de presunciones, que aunque no se presentan seguras como aquellos, sin embargo, suministran bases suficientes para forjar una convicción razonable. Las presunciones se asocian frecuentemente con lo que se produce normalmente y con lo que es razonable tomar como punto de partida... se trataría ya en este caso de una tentativa por invertir una presunción que favorece la tesis del adversario. Es este el efecto más inmediato de una presunción: ella impone la carga de la prueba a quien quiere oponerse a su aplicación’”*¹³⁶.

Se corrobora lo expresado en párrafos precedentes, en los que se expuso que la inversión de la carga de la prueba hace que sea la administración quien se debe exonerar de responsabilidad probando la ocurrencia de la fuerza mayor, el hecho del tercero o el hecho de la propia víctima, que desvían el nexo de imputación.

Para entender la falla presunta del servicio debemos entender primero la teoría del riesgo, la cual la exponemos así: Por **TEORÍA DEL RIESGO** entendemos, según lo expresado por Tamayo Jaramillo, *toda actividad peligrosa ejecutada por una persona moral, natural o jurídica, que incrementa más el riesgo de daño de los que está en capacidad de soportar una persona por sí misma*. La teoría del riesgo implica entonces, de suyo, el despliegue de una actividad peligrosa por parte del agente actor del hecho, esto es, que ejecute actividades que pongan en riesgo a los miembros determinados o indeterminados de una sociedad. Concluimos, entonces, que el régimen de la falla presunta del servicio va ligada a la teoría del riesgo, haciéndose responsable la administración de los daños que sufra el particular como consecuencia de las actividades peligrosas que ejecuten sus funcionarios, ligada también al eventual incumplimiento del funcionario público de los deberes de cuidado reglados en la ejecución de tal actividad peligrosa. Ha considerado la jurisprudencia que se consideran como actividades peligrosas las siguientes: i) El daño causado a particulares y

¹³⁶ HOYOS Duque Ricardo, Responsabilidad del Estado por el uso de las armas de fuego, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, Biblioteca Jurídica Dike, 2006, p. 25

funcionarios públicos con armas de dotación oficial. ii) El daño ocasionado al soldado o su familia, cuando aquel se encuentra en etapa de conscripción, es decir, en etapa de instrucción y entrenamiento en el servicio militar obligatorio. iii) El daño ocasionado a las personas como consecuencia del servicio médico y hospitalario a cargo de la administración pública. iv) El daño ocasionado a los internos o sus familias en el servicio penitenciario y carcelario. v) El daño ocasionado a las personas con vehículos oficiales o particulares al servicio de la administración. En caso de encontrarnos ante uno de estos hechos que se desprenden de actividades peligrosas, tal y como lo sostiene la asociación Henri Capitant, la carga de la prueba se invierte, por lo tanto, solo podrá exonerarse de responsabilidad la administración si rompe el nexo de imputación probando la ocurrencia de la fuerza mayor, la culpa exclusiva y determinante de la víctima o la culpa exclusiva y determinante de un tercero.

La evolución de este régimen la destaca el Consejo de Estado de la siguiente manera: *“Como en otros ámbitos, se trata de un régimen específico de responsabilidad que ha ido madurando en el tiempo, gracias a los distintos momentos que ofrece el precedente de la Sala.*

En una primera etapa, que va hasta 1989, el régimen aplicable era el subjetivo, fundado en la falla probada del servicio¹³⁷.

En la segunda etapa, que va a partir de 1989 y hasta 1997 se acogió la tesis de la falla presunta. Se resalta que esta tesis se aplicó fundado en el principio iuranovit curia, afirmándose que si bien en la demanda se imputa una falla del servicio por omisión consistente en permitir que uno de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado “saliera a vacaciones portando armas de dotación oficial”, esto “no es óbice para que el juez, al calificar la realidad histórica del proceso... goce de la facultad de determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto”¹³⁸.

Así mismo, se consideró que el “arma de dotación oficial, por su peligrosidad al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del

¹³⁷ Sentencia de 21 de octubre de 1982. Exp.413.

¹³⁸ Sentencia de 31 de julio de 1989. Exp.2852. Puede verse también sentencia de 20 de febrero de 1989. Exp.4655.

ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir”¹³⁹.

Sin duda, en esa época la falla se presumía atendiendo a que el arma se constituía en sí misma en el “nexo instrumental”, el cual “sería por sí solo suficiente para declarar la responsabilidad de la administración, habida consideración de la peligrosidad extrema que tales instrumentos conllevan”¹⁴⁰. Aunque en ocasiones se matizaba, afirmándose que la manipulación “de equipos y armas de extraordinario riesgo”¹⁴¹ hace presumir la responsabilidad, y en otros eventos que cuando se trata de armas “pesa sobre las Fuerzas Armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas”¹⁴².

En la tercera etapa, a partir de 1992, se favoreció como regla el régimen de responsabilidad al considerarse que el porte, uso y manipulación de las armas de dotación oficial constituye una actividad peligrosa, dándose paso a la presunción de responsabilidad¹⁴³.

No obstante lo anterior debe resaltarse que esta Sala ha considerado que las actuaciones de los agentes del Estado sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando aquellas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público¹⁴⁴, de modo que la simple calidad de funcionario público que funja el autor del hecho o el uso de algún instrumento del servicio —como el arma de dotación oficial— no vincula al Estado, como quiera que el servidor público pudo haber obrado dentro de su ámbito privado, desligado

¹³⁹ Sentencia de 31 de julio de 1989. Exp.2852.

¹⁴⁰ Sentencia de 27 de abril de 1989. Exp.4992. En ese sentido la sentencia de 28 de abril de 1989 señaló: “... cuando se prueba que el nexo instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio, era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio”. Sentencia de 28 de abril de 1989. Exp.3852.

¹⁴¹ Sentencia de 28 de abril de 1989. Exp.3852.

¹⁴² Sentencia de 27 de abril de 1989. Exp.4992.

¹⁴³ Sentencias de 24 de agosto de 1992. Exp.6754; 16 de septiembre de 1999. Exp.10922.

¹⁴⁴ En ese orden de ideas, en sentencia de 26 de septiembre de 2002 —expediente 14.036—, la Sala expresó lo siguiente: “Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer “si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, siquiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público””.

por completo del desempeño de actividad alguna conectada con la función normativamente asignada a la entidad demandada; es por ello la Sala ha precisado lo siguiente:

‘En doctrina que la Sala ha acogido en reiterada jurisprudencia¹⁴⁵, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público:

‘...no cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la Administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la Administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del ‘funcionamiento de los servicios públicos’. Es decir que la conducta del agente de la Administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. ‘Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público. En definitiva, el fenómeno jurídico de imputación de responsabilidad civil a la administración no se produce en aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado en su calidad de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda cualificación jurídico-pública’¹⁴⁶.

¹⁴⁵Nota original de la sentencia citada: En este sentido ver por ejemplo sentencia 17.136, actor Nubia Valencia G. y otros, 17896 Actor: Margarita Lucía Roldan y otros, 17135 actor Giraldo de Jesús Tobón Tabares y otros.

¹⁴⁶ Nota original de la sentencia citada: ANDRES E. NAVARRO MUNUERA. *La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público.* en *Revista Española de Derecho Administrativo*. No. 60, octubre-diciembre de 1988. Se analiza en el artículo la sentencia del Tribunal Supremo de España del 27 de mayo de 1987, que concedió a los demandantes la indemnización por la muerte de su hijo ocasionada por un agente de la policía con arma de fuego reglamentaria, pero quien disfrutaba de sus vacaciones, en aplicación de la teoría del riesgo como título de imputación.

Finalmente, la Sala en providencia de 25 de febrero de 2009¹⁴⁷, reiteró en relación con el nexo instrumental, que la responsabilidad de la Nación, no se ocasiona por la simple comisión del hecho con un instrumento del servicio, sino que dicha responsabilidad se origina, principalmente de las características de la acción u omisión que desarrolló el funcionario respectivo y por la cual causó un daño, la cual debe tener una relación directa con el servicio público prestado; Al respecto señaló:

‘Frente a ello, precisa la Sala que el nexo con el servicio que debe presentar una actuación para comprometer la responsabilidad de la administración pública, no se desprende exclusivamente del horario en el que se encontraba el agente estatal, ni de los implementos usados por aquel, ni de las funciones que tenía asignadas en ese momento, sino principalmente de las características de la acción u omisión que desarrolló el funcionario respectivo y por la cual causó un daño, que debe tener una relación directa con el servicio público prestado’¹⁴⁸ „¹⁴⁹.

Visto así el régimen se estaría ante una presunción de responsabilidad, que no de culpa, en 4 de los eventos incluidos, esto es, en el uso de armas de dotación oficial, en el uso de los vehículos oficiales, en el servicio penitenciario y carcelario y en los eventos relacionados con el servicio militar obligatorio en etapa de instrucción y entrenamiento, aunque sobre este último se hayan presentado cambios posteriores, que explicaré en su momento. Lo importante con la evolución jurisprudencial antes trascrita es que se camina hacia la responsabilidad objetiva en estos 4 eventos, partiendo de la redacción de la cláusula de responsabilidad contenida en el artículo 90 constitucional, estructurada, como ya se expuso, en la teoría del daño antijurídico, es decir, en la posición de la víctima frente al acontecimiento. Se excluye el servicio médico y hospitalario porque al tratarse de un contrato de medios y no de resultado, se debe presumir sí la culpa, no la responsabilidad y, al presumirse la culpa, esta admitirá prueba en contrario, esto es, el haber actuado con diligencia y profesionalismo en la atención del paciente y haber puesto a su disposición

¹⁴⁷Nota original de la sentencia citada: Exp. 17.426, actor: Bolívar Arce y Otros. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁴⁸Sentencia de 10 de junio de 2009. Exp.34.348.

¹⁴⁹ CONSEJO de Estado, Sección Tercera, subsección C, expediente 19.976, sentencia del 9 de mayo de 2011, Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

todos los medios técnicos y profesionales con que contaba la administración para atender la enfermedad o lesión.

Concluyo expresando que el régimen de falla presunta del servicio es aquel por medio del cual el juez de lo contencioso administrativo ordena la reparación de los perjuicios materiales e inmateriales sufridos por los particulares, ante la presencia de un daño antijurídico que la víctima no tiene la obligación legal de soportar, producido como consecuencia de las actividades peligrosas de uso de las armas oficiales o bajo custodia del Estado, de uso de vehículos de la administración pública o al servicio de la administración, de lesiones producidas a los soldados que prestan servicio militar obligatorio o a sus familias, y las producidas a las personas sometidas a tratamiento penitenciario y carcelario preventivo o resocializador.

2.6.1.3. El riesgo excepcional

La responsabilidad por riesgo encuentra su génesis en el derecho francés, al clasificarla dentro de las responsabilidades liberadas de toda idea de culpa o responsabilidad objetiva a base de riesgo o responsabilidad causal.

Sostiene al respecto Luis Josserand que *“Los casos de responsabilidad sin culpa, ni aún presunta, de responsabilidad causal, son al presente bastante numerosos; ocurre que las personas sean responsables de un daño sin que se pueda hacer constar, ni suponer, en su pasivo ninguna culpa, ninguna imprudencia, ni ligera siquiera, siendo su actividad incontestablemente lícita y habiendo a veces recibido el sello de los poderes público. Ciertos casos de responsabilidad objetiva, a base de riesgo, son casi exclusivamente de ordenación jurisprudencial: de acuerdo con esto, el concesionario de una mina responde de pleno derecho de los daños que causa la explotación, tanto a los propietarios de la superficie, como a los concesionarios vecinos”*¹⁵⁰. Dentro de estas actividades peligrosas generadoras de responsabilidad encuentra el tratadista francés varias de ellas consagradas

¹⁵⁰ JOSSERAND Luis, Teoría general de las obligaciones, Bogotá, Leyer editorial, 2007, p. 343 y 344

de manera expresa en la Ley, tales como los daños corporales o materiales causados a terceros como consecuencia de la explosión, deflagración, emanación de sustancias explosivas, corrosivas, tóxicas, etc. contenida en la ley del 3 de mayo de 1921; los daños ocasionados por asaltos a mano armada o por violencia cometidos por grupos armados o no, en el territorio de un municipio, debiendo asumir la indemnización del perjuicio por partes iguales el Estado y el Municipio, cincuenta por ciento (50%) cada uno, contenidos en la ley del 17 de abril de 1914; los daños causados por los hechos de la guerra, admite el riesgo social pero absorbe el caso fortuito y la fuerza mayor, contenido en la ley del 17 de abril de 1919¹⁵¹, entre otros.

Otro tratadista francés, Michel Paillet, argumenta que *“la idea de la responsabilidad por riesgo no es propia del derecho administrativo, pues al contrario fue la doctrina civilista (Saleilles, Josserand) la que se hizo, no sin controversias, su promotora desde el fin del siglo XIX. Hoy, el entusiasmo que rodeó su nacimiento se ha esfumado en buena parte pues se ha hecho evidente que no es posible explicar a través de ella la totalidad de las soluciones en que el juez consagra una responsabilidad desprendida de toda culpa, y no se suponen más, por lo general, la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad sin culpa. Y ello tanto más cuanto la solución de riesgo por si misma es relativamente incierta. Con ella se perfila al parecer la idea de peligro: como a ello invita el sentido común, una actividad ‘a riesgos’ es una actividad peligrosa y se puede encontrar aceptable que el sujeto de derecho cuya actividad presenta riesgos de daños los asuma si sobrevienen (riesgo creado). Pero al mismo tiempo se la puede comprender en cuanto designa una actividad que, fuera de toda verdadera peligrosidad, deba también provocar la toma a cargo de sus consecuencias desfavorables por aquel a quien beneficia (riesgo sin provecho). Y además hay también, subyacente a la idea de riesgo, la de la probabilidad de la producción de un daño sobreviviente, del alea inherente a la actividad humana: estadísticamente los daños se producen de una manera, ciega de algún modo, y sería injusto que la sociedad no tome medidas para proteger a aquellos de sus miembros que*

¹⁵¹ JOSSEAND Luis, Teoría general de las obligaciones, Bogotá, Leyer editorial, 2007, p. 346

*serán las víctimas (riesgo social)*¹⁵². Con fundamento en lo anterior, concluye el tratadista francés que los riesgos se agrupan en tres categorías a saber: i) Responsabilidad por riesgo peligro; ii) responsabilidad por riesgo provecho; iii) responsabilidad por riesgo alea.

La primera agrupación, del riesgo peligro, incluye tres actividades de la administración, a) las cosas peligrosas; b) el método peligroso y c) los trabajos públicos. En el primer ítem incluye los artefactos explosivos y las armas de fuego entre otros, en el segundo las operaciones administrativas y en el tercero las obras públicas en general. No comparto la posición del tratadista al incluir los trabajos públicos en este grupo de riesgo peligro, por considerar que se debe incluir en el segundo grupo de riesgo provecho, al fin y al cabo de los trabajos públicos se aprovechan todos los nacionales o, si se quiere ser más extensivo, todos los habitantes del territorio que utilice el trabajo público.

En el segundo grupo, el de riesgo provecho, establece el tratadista francés que “*si la actividad nociva no presenta en sí misma un carácter peligroso ella favorece a la Administración; en contrapartida esta debe responder cuando represente riesgo*”¹⁵³. Incluye en este grupo los daños que sufren los colaboradores permanentes de la administración y algunos de los daños que sufran los colaboradores ocasionales. No comparto esta clasificación porque los daños que sufren estas personas correrán por cuenta de los contratistas a que prestan directamente el servicio que, además, deberán estar amparados por compañía aseguradora.

Sobre el riesgo alea sostiene que: “*la noción de riesgo ha sido desde sus orígenes fuertemente vinculada a la de azar, por corresponder a la toma en cuenta de la probabilidad de que cierto tipo de actividades o acontecimientos fuesen productores de daños con independencia de toda culpa*”¹⁵⁴. El riesgo alea se estructura sobre la

¹⁵² PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 184 y 185

¹⁵³ PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 200

¹⁵⁴ PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001,

incertidumbre de la producción del resultado frente a unos hechos o actuaciones administrativas previas, como lo es un tratamiento médico experimental, en el que los resultados están desprovistos de cualquier asomo de culpabilidad del agente actor.

La doctrina española también ha estudiado el tema y se ha pronunciado en el siguiente sentido: *“Existencia de una situación de riesgo creada por la administración en el ámbito del evento dañoso: Lo que implica la imputación del caso fortuito derivado de ese riesgo a que la administración ha sometido, en beneficio propio, a los ciudadanos”*¹⁵⁵, parte de la base de sometimiento a la ocurrencia de un caso fortuito, entendido este como el acontecimiento imprevisible, irresistible e interno a la actividad de la administración que no la libera de la responsabilidad por el daño antijurídico que produzca como consecuencia del ejercicio de esa actividad peligrosa.

La doctrina española profundiza aún más en el asunto exponiendo lo siguiente: *“La aplicación de la teoría del riesgo supone que las Administraciones tienen que afrontar los riesgos derivados del ejercicio de sus potestades y actuación; por eso, no importa que el causante del daño sea un funcionario, un contratado o un particular que actuó por cuenta de la Administración; o que el funcionamiento de la actuación de la Administración haya sido normal o anormal; o que haya existido más o menos intencionalidad en la causación del resultado lesivo. Dichas actividades o situaciones de riesgo, pese a su peligrosidad, son admitidas por el ordenamiento jurídico por su utilidad social, pero, a cambio, su titular asume el coste de todos los daños que las mismas puedan producir. La jurisprudencia impone la responsabilidad siempre que el riesgo inherente a la utilización del servicio haya sobrepasado los límites de seguridad exigibles. No obstante, lo suele relacionar directamente con el concepto de antijuridicidad del daño más que con el concepto de imputación. Así la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de julio de 2003 (RJ 2003, 5948), según la cual ‘será antijurídico el daño ocasionado al particular siempre que el riesgo inherente a la utilización del servicio haya sobrepasado los límites impuestos por los*

p. 208

¹⁵⁵ ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 201

*estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social”*¹⁵⁶. La teoría española es acogida por la doctrina nacional, en el entendido que la responsabilidad del Estado se consolida a partir del momento en que se materializa la causación del daño como consecuencia de la materialización del peligro en daño consolidado, o lo que es lo mismo, el daño es consecuencia del peligro al que fue sometido el ciudadano.

La doctrina Argentina también se ha ocupado del tema, sobre lo cual ha expuesto María del Pilar Amenábar: *“La titularidad de la empresa administrativa justifica también la imputación a la Administración de los daños resultantes del ‘riesgo creado’ en interés de dicha empresa, con independencia de toda culpa objetiva o subjetiva. El ‘riesgo creado’ como causa de imputación permite atribuirle a la Administración el deber de resarcir los daños que sean consecuencia de accidentes producidos por o dentro de la organización administrativa, que no sean debidos a una causa extraña a la misma (fuerza mayor), que, por lo demás, incumbe probar a la Administración que la alega. El fundamento de la responsabilidad en estos supuestos radica en el hecho de que si el funcionamiento de los servicios públicos o la actividad estatal crea riesgos, la Administración que crea el riesgo debe responder cuando este se materialice en daño”*¹⁵⁷. La jurisprudencia Argentina, de manera desafortunada, se equivoca al aplicar la teoría del riesgo creado, no obstante contener un concepto claro, porque incluye en este régimen la caída de árboles, el mal estado de las calles, la falta de señalización de las mismas, la utilización de muelle en mal estado, la caída de mampostería de edificios, el uso de armas de fuego y los daños vinculados al error en el desempeño de los martillos de subasta público, los cuales, a todas luces, se constituyen en fallas del servicio y no en riesgos creados.

Para la doctrina nacional el riesgo creado se conoce como riesgo excepcional, que se define de la siguiente manera: *“Bajo la idea de riesgo creado podemos decir que el Estado debe responder patrimonialmente, porque si la administración ha creado un riesgo excepcional*

¹⁵⁶ ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 211

¹⁵⁷ AMENÁBAR María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p.311

para sus servidores, exponiéndolos por razones del servicio –riesgo-provecho-, o para los particulares, por el hecho de utilizar ‘cosas o métodos peligrosos’ o por crear ‘situaciones peligrosas’ -riesgo-peligro- en caso de que el servidor público o el particular sufra un perjuicio que sea el resultado de la cristalización de dicho riesgo, el Estado debe responder, sin que la víctima tenga que probar la existencia de una falla del servicio”¹⁵⁸.

Se puede concluir de todo lo anterior que el régimen de riesgo excepcional se caracteriza porque la administración somete a un particular o a un funcionario suyo a un riesgo, permanente o temporal, pero excepcional, en ejercicio de actividades que favorecen a toda la comunidad, riesgo que no soportan los demás ciudadanos que, en últimas, se benefician con la actividad administrativa generadora del riesgo. El típico ejemplo del riesgo excepcional es la conducción o transporte de energía eléctrica, en la que se somete a un particular a un riesgo excepcional, es decir, a las personas propietarias de los predios por sobre los cuales se transporta esa energía, quienes asumen el riesgo que no soportan los demás ciudadanos. El Honorable Consejo de Estado, con Ponencia del H. M. Antonio José de Irizarry expuso: *“Según ésta teoría el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un ‘riesgo de naturaleza excepcional’ que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio”¹⁵⁹*, mediante esta sentencia se decanta el tema y se determinan los elementos del riesgo excepcional a saber: i) Una actividad lícita de la Administración Pública, la Nación o el Estado; ii) Que esa actividad lícita genere un riesgo de naturaleza excepcional, no cotidiano, ni normal; iii) Que ese riesgo genere un exceso en las cargas normales que deben soportar los administrados o los servidores públicos que

¹⁵⁸ PELÁEZ Gutiérrez Juan Carlos, Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2000, p. 91 y 92

¹⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, exp. 4655/97, sentencia del 20 de febrero de 1989, magistrado ponente IRIZARRI RESTREPO, Antonio José, Bogotá.

ejecutan la actividad riesgosa; iv) Que la actividad lícita se produzca como consecuencia de una obra, actividad o servicio público que beneficia a la comunidad.

2.6.1.4. El daño especial

En la doctrina francesa se le conoce como responsabilidad por la ruptura de igualdad ante las cargas públicas, siendo *Teissier* quien la tipificó en *La responsabilité de la puissance publique*, argumentando que “no es justo que los ciudadanos de un país tengan que sufrir, en una proporción desigual, los actos del poder público y del funcionamiento de los servicios públicos de interés general establecidos por el bien de todos”¹⁶⁰. Sobre el mismo concepto la doctrina contemporánea se ha expresado, a través del tratadista Michel Paillet, de la siguiente manera: “No queda sino como un eco, ciertamente lejano, del artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 que el juez administrativo, empujado por la doctrina, se haya convencido de que una parte al menos de la jurisprudencia sobre la responsabilidad administrativa sin culpa pueda explicarse por referencia a esta idea: cuando la Administración Pública toma una decisión que, sin ser ilegal (allí la paradoja), rompe la igualdad debida a los ciudadanos ante las cargas públicas debe reparar las consecuencias dañinas en la medida en que ha creado un perjuicio anormal y especial”¹⁶¹. Sobre las condiciones que se exigen para que la responsabilidad del Estado se comprometa con este régimen, el mismo tratadista las divide en generales y particulares, encontrando en el primer grupo el perjuicio anormal y especial y, en el segundo, la ausencia de voluntad, la ausencia de contraindicación derivada del interés general del acto y la ausencia del alea. Sobre estos elementos resalto la importancia del concepto de la responsabilidad y las cargas públicas, sobre lo cual expuso “Esta condición es la traducción obligada de la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. Esta, en efecto, procura ciertas ventajas y sus posibles inconvenientes deben ponerse en la

¹⁶⁰ TEISSIER George, *La responsabilité de la puissance publique*, cit. por SAAVEDRA Becerra Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Bogotá, editorial Ibañez, 2011, p. 429

¹⁶¹ PAILLET Michel, *La responsabilidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 212

*balanza: para que esta especie de balance sea desequilibrado es necesario que el perjuicio causado por la Administración Pública sea verdaderamente anormal y que no constituya ‘una carga que incumbe normalmente al interesado’ (sentencia Couiteas)”*¹⁶². Por lo tanto, lo primero que deberá hacer el juez administrativo, para efectos de aplicar este régimen, es determinar cual es la carga pública que se rompe en su equilibrio, porque el régimen depende de la existencia de esa carga que asume la víctima que no tienen que soportar los demás miembros de la sociedad.

En la doctrina española se plantea, como la responsabilidad objetiva de la administración en los siguientes términos: “*La Administración Pública responde de los daños causados a los particulares ‘siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos’ (art. 106.2 CE), o como señala el artículo 139.1 LRJ-PAC ‘siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento **normal** o anormal de los servicios públicos’ quedando únicamente excluidos los supuestos de fuerza mayor. Desaparece toda idea de culpa en la actuación del agente causante del daño, que responde de los daños antijurídicos que derivan del simple funcionamiento del servicio, o dicho de otra forma, no sólo en caso de funcionamiento anormal o ilícito sino también en los casos de funcionamiento normal del servicio público. García de Enterría considera que el sistema de responsabilidad consagrado por los artículos citados desplaza el elemento de la ilicitud del daño desde la conducta del responsable a la situación del patrimonio de quien lo sufre y que ‘este giro en la fundamentación de la obligación de responder patrimonialmente, que pasa a ser contemplado desde la perspectiva del dañado y no desde la acción del agente causal, es a lo que puede llamarse convencionalmente <objetivización> de la responsabilidad patrimonial de la Administración’*”¹⁶³

Nótese que en el sistema español no se estructura la responsabilidad por daño especial, en cuanto a la ruptura en el equilibrio de la repartición de las cargas públicas, sino que se

¹⁶² PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 220

¹⁶³ ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España - Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 194 y 195

objetiviza la responsabilidad incluyendo el daño como consecuencia del funcionamiento **normal del servicio público**, es decir, bajo el mismo postulado francés de licitud en la actuación de la administración, pero que, no obstante esa licitud, se produce un perjuicio antijurídico que la víctima no tiene la obligación de soportar, según la tesis contemporánea española.

Para la doctrina argentina el daño especial recibe el nombre de *sacrificio especial*, que, según la tratadista *María del Pilar Amenábar* “*alude a un daño singularizado en el patrimonio de un particular, que este no tiene la obligación jurídica de soportar. Las garantías constitucionales de igualdad y de inviolabilidad de la propiedad impiden que se imponga aun particular un ‘sacrificio especial’ que exceda la medida de los que corresponde normalmente soportar, pues ello se traduce en una situación de desigualdad, de desequilibrio, que debe restaurarse a través de la indemnización. El daño individualizado puede serlo con relación a una persona o a un grupo de personas (daño especial, particular o singular), puesto que en la doctrina se admite la posibilidad de que la especialidad del daño se mantenga como tal, aún cuando comprenda a varios individuos y adquiera cierta generalidad*”¹⁶⁴. No obstante el cambio de nombre, el fundamento fáctico es el mismo del daño especial, en cuanto a que se trata de la ruptura en la repartición de las cargas públicas.

Para Juan Carlos Cassagne “*La obligación de resarcir los perjuicios no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad, aún cuando se requiera la configuración del daño, más este es presupuesto de la responsabilidad y no su fundamento*”¹⁶⁵. En la posición del tratadista argentino la vista del juez se posa sobre la ruptura del principio de igualdad,teniéndolo como elemento de la imputación, dejando el daño como un elemento adicional a determinar. Considero que la posición del tratadista es correcta en cuanto a la imputación, más no en la concepción que del daño hace en el régimen de sacrificio especial, por cuanto

¹⁶⁴ AMENÁBAR María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 318

¹⁶⁵ CASSAGNE Juan Carlos, Las Grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, cit. por AMENÁBAR María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 318

con el nuevo concepto de daño antijurídico de la teoría española, se debe analizar primero la existencia de este junto con su antijuridicidad y luego si determinara a quien se le imputa y porque mecanismo.

Sostiene en la doctrina colombiana Ramiro Saavedra Becerra, con apoyo en el profesor Eustorgio Sarra, al referirse al daño especial, que *“la teoría, calificada de original, no es sino una derivación de la primitiva teoría de Duguit, quien se refirió con más propiedad a las cargas excepcionales, al perjuicio particular; que es lo mismo que daño especial. Michaud, uno de sus mantenedores, afirma que ‘el daño producido por la administración no da lugar a reparación sino en el caso en que sea anormal por su importancia y por su carácter excepcional. La administración tiene el derecho de imponer este sacrificio especial –como gestor supremo de interés público- pero mediante indemnización, al efecto de restablecer la igualdad de las cargas’”*¹⁶⁶. De estos postulados franceses citados por el tratadista colombiano, se empieza a estructurar el concepto de licitud de la actuación de la administración en el daño especial.

Decanta la doctrina del daño especial en Colombia cuando la jurisprudencia establece que está considerado como un régimen subsidiario, es decir, se aplica si la conducta de la administración no encaja en ninguno de los otros regímenes antes expuestos. Consiste en que la administración actúa dentro del marco legal, el funcionario no incurre ni en omisión, ni en extralimitación en el ejercicio de sus funciones, pero no obstante esto, rompe el equilibrio en la distribución de las cargas públicas¹⁶⁷ y le ocasiona un daño a uno o varios particulares. La vida en comunidad genera inconvenientes, traumatismos en el discurrir de la vida diaria, pero estos son soportados por todos los particulares por igual. Cuando la administración con su actuación legal impone otras cargas accesorias a algún o algunos particulares, rompe el equilibrio en su distribución y causa perjuicios, los cuales deben ser indemnizados.

¹⁶⁶ SAAVEDRA Becerra Ramiro, La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Bogotá, editorial Ibañez, 2011, p. 432

¹⁶⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 2.

El honorable Consejo de Estado ha establecido que, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, se hace necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

- “a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho a una persona;
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados;
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración”¹⁶⁸.

Así las cosas, la teoría francesa se aplica al caso colombiano hasta el momento, pero se asoman brisas de reforma a través de un nuevo concepto de responsabilidad, no sólo por la antijuridicidad del daño, sino por la aplicación en el derecho interno, de los postulados normativos del derecho internacional, esto es lo que se conoce como “*control de convencionalidad*” que abordaré más adelante.

2.6.2. La imputación y las causales de exoneración o exculpación por parte del estado:

Vistos lo diferentes regímenes de responsabilidad, debemos analizar ahora las causales de exoneración de la administración, que hacen parte de la imputación. Desde el punto de vista judicial se debe recordar que éstas deben proponerse como excepción de mérito en contra de las pretensiones de la demanda. Sobre este aspecto ha sostenido la doctrina que con las causales eximentes de responsabilidad se busca romper el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, fundamento que no comparto por la ubicación espacial del nexo de imputación

¹⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, sección 3ª, expediente No. 973, mayo 23 de 1973, magistrado ponente ALFONSO CASTILLA SAIZ, Bogotá.

en la ecuación de la responsabilidad propuesta en este trabajo, por lo tanto, de acuerdo con la ecuación mencionado, considero que estas causales eximentes de responsabilidad no rompen el nexo de causalidad, porque no cabe duda que el hecho existe, que el daño se produjo, pero que no es imputable a la administración, al patrimonio público, al funcionario público o, si se quiere, no le es imputable a la Nación ni al Estado. Podría decirse que se rompe el nexo de imputación, pero esto tampoco es cierto, lo que ocurre en realidad es que la imputación se desvía, se traslada a alguna de las causales eximentes de responsabilidad, pero en realidad, nada se rompe, porque en últimas el hecho es atribuible a un acontecimiento o a una persona extraña a la administración pública, a la Nación o al Estado.

La doctrina y la jurisprudencia distinguen cuatro causales de exculpación para la responsabilidad civil extracontractual siendo estas: El caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de un tercero y la culpa de la víctima. Veamos cada una de ellas:

2.6.2.1. EL CASO FORTUITO

Del tema se han ocupado múltiples tratadistas, en un principio los dos términos equivalían a lo mismo y su vocablo se utilizaba indistintamente. Posteriormente los dos conceptos evolucionaron y se decantaron independientemente el uno del otro.

Para los tratadistas *AMBROISE COLIN*, *HENRI CAPITANT* y *M.L. JULLIOT DE LA MORANDIERE* el caso fortuito es “*la imposibilidad relativa de cumplimiento (de las obligaciones); es decir, aquella que ha podido obstar a la acción del deudor considerado, ya sea en sí mismo, ya sea como un bonus pater familias ordinario; pero de la que habría podido triunfar una voluntad mejor armada, mejor equipada*” ¹⁶⁹. Para los famosos tratadistas esta interpretación del caso fortuito admite con mucha amplitud la irresponsabilidad del demandado. Creo, particularmente, que el mejor concepto de caso

¹⁶⁹ MAZEAUD, Henri y León, TUNC André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, tomo II, volumen II, 5ª edición, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa y América, 1963, p. 156.

fortuito es el expuesto por *LOUIS JOSSERAND* para quien el caso fortuito “es *el acontecimiento anónimo que se produce en el interior de la empresa*”¹⁷⁰ La posición adoptada por JOSSERAND es acogida por los hermanos Henry y León Mazeaud y por André Tunc, quienes ponen como ejemplo del caso fortuito el incendio, la explosión de una caldera al interior de la empresa, como el individuo o la empresa debían prever la eventual ocurrencia del acontecimiento, deben responder por los riesgos creados, únicamente puede liberarse de la responsabilidad por los casos de fuerza mayor, tal y como lo veremos más adelante, de donde se concluye que el caso fortuito no libera de responsabilidad al causante del daño. En la teoría francesa el acontecimiento de caso fortuito se torna previsible, aunque irresistible, contrario a la fuerza mayor, que es imprevisible e irresistible. También la doctrina francesa ha distinguido entre el caso fortuito, como un acontecimiento interno de la actividad de la administración y, la fuerza mayor, como acontecimiento externo de la actividad de la administración.

Sostiene la misma doctrina francesa, a través de Michel Paillet, que “*Maurice Horiou insistió entonces sobre la idea de interioridad: si la fuerza supone un fenómeno exterior al servicio o a la obra que se encuentra en el origen del daño, el caso fortuito consiste en un hecho imprevisible e irresistible que ‘se añade al funcionamiento mismo de la empresa o del servicio’*. Y agrega por lo demás, lo que está dentro de la lógica de su concepción de la responsabilidad administrativa, que el caso fortuito debe también entenderse ‘como una falta de servicio que se ignora’ en la medida en que, a diferencia de la fuerza mayor, que supone la irresistibilidad absoluta, este correspondería a una impotencia científicamente provisional: la explosión de un acorazado o de una máquina no se encuentra en el estadio actual de los conocimientos, explicable razonablemente, pero debe considerarse que es la consecuencia de un defecto que permanece oculto”¹⁷¹. Para Paillet existe la irresistibilidad absoluta en la fuerza mayor, pudiéndose concluir, a contrario sensu, que existe también la imposibilidad relativa, es decir, aquella que se puede, de una u otra forma, evitar, por lo

¹⁷⁰ MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, tomo II, volumen II, 5ª edición, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa y América, 1963, p. 157.

¹⁷¹ PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 98

tanto, esa relatividad de la imposibilidad de resistir es la que hace que el caso fortuito no exonere de responsabilidad por tratarse de una actividad interna de la administración, la Nación o el Estado o, si se quiere, de manera general de quien produce el hecho.

Para la doctrina española el *caso fortuito* en la teoría moderna, obedece “*al origen interno (intrínseco) [...] del hecho causante, respecto del ámbito de la actividad de la Administración de que se trate...*”¹⁷²

La jurisprudencia española también se ha pronunciado sobre el tema en la siguiente forma: “*En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: ‘falta del servicio que se ignora’) interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1974: ‘Evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida’*”¹⁷³.

Como se puede apreciar, para la jurisprudencia española el caso fortuito hace parte de la actividad de la administración, en consecuencia, proviene de su interior, de adentro hacia fuera, por lo tanto no podrá eximir de responsabilidad.

Con relación a los efectos que produce sobre la responsabilidad extracontractual, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, sostienen que “*en términos generales, la ruptura del nexo causal que, de otra manera permitiría eximir a la Administración de la responsabilidad por*

¹⁷² ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España - Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 303

¹⁷³ TRIBUNAL Supremo de España, Recurso de Casación No. 2132/1995 (RJ 1999, 6154), del 31 de mayo de 1999; Recurso de Casación No. 1880/1997 (RJ 2002, 5055), del 31 de enero de 2002; Recurso de Casación No. 10509/1998 (RJ 2003, 3292), del 13 de marzo de 2003; Recurso de Casación No. 8770/1996 (RJ 2001, 2896), cit. en ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España - Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 303 y 304.

*el daño, no se producirá en el supuesto del caso fortuito, según jurisprudencia consolidada, al tenor del carácter objetivo de la responsabilidad y por no tratarse de daño producido por agente exterior, imprevisible o inevitable, científica o técnicamente*¹⁷⁴ y, sobre el particular sostiene la jurisprudencia: *“El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que responda también del caso fortuito, de manera que de estar ante la eventualidad, tampoco quedaría exonerada de responsabilidad patrimonial la recurrente al no ser el suceso acaecido ajeno al servicio...”*¹⁷⁵

En la doctrina argentina María del Pilar Amenábar considera que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 514 del Código Civil, el caso fortuito *“Es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse. [...] El caso fortuito se caracteriza por dos notas esenciales: La indeterminación y la interioridad. La indeterminación supone que la causa del accidente productor del daño es desconocida (se trata de una falta del servicio que se ignora). En tanto que la interioridad, que es el elemento esencial del caso fortuito, significa que el evento dañoso está directamente conectado al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que integra ese objeto. [...] El caso fortuito, en sentido estricto, es una consecuencia ordinaria, imprevisible en concreto y de inevitabilidad relativa; [...] el caso fortuito en sentido estricto, es el resultado o consecuencia que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas pero que, no obstante ello, no ha podido preverse al ejecutarse el hecho [...] el caso fortuito excluye la culpa (causalidad interna) [...] El caso fortuito puede actuar sobre la relación de causalidad interrumpiéndola totalmente, de manera que exima de responsabilidad al agente o bien puede ser inoperante su actuación con esta finalidad cuando al concurrir concausas en el conjunto de ellas no tiene la influencia decisiva sobre el resultado dañoso”*¹⁷⁶.

¹⁷⁴ ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España - Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 304

¹⁷⁵ TRIBUNAL Supremo de España, Recurso de casación No. 6360/1996, (RJ2001, 5377), del 27 de enero de 2001, cit. en ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España - Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p. 304.

¹⁷⁶ AMENÁBAR María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 349, 350, 351 y 352

De la tratadista argentina se resaltan, no sólo los elementos coincidentes con la doctrina española y francesa, sino que se debe hacer énfasis en el concepto de inevitabilidad relativa, es decir, que al ser el caso fortuito consecuencia de la actividad interna de la administración, los hechos que se desencadenan y producen el perjuicio, no obstante su indeterminación, si pudo preverse y, en consecuencia, adoptar todas las medidas necesarias para que se evitara, por lo tanto no exime de responsabilidad. No comparto la posición de la tratadista en cuanto a que el caso fortuito pueda interrumpir la relación de causalidad, porque al tratarse de una actividad interna del causante del daño, el acontecimiento de caso fortuito no la puede interrumpir, ni romper, tampoco desplazar o desviar, se mantiene incólume el nexo de causalidad con quien produjo el daño.

En el derecho colombiano encontramos como antecedente del caso fortuito el artículo 64 del Código Civil, con el siguiente tenor literal: “*Se llama fuerza mayor y caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigo, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”¹⁷⁷. Como se puede apreciar, en un principio, se generaba una confusión de los dos términos, a los que la ley y la doctrina se refería indistintamente y con el mismo significado.

Dado lo anterior, fue necesario el pronunciamiento de la jurisdicción civil acerca del tema, quien determinó la distinción entre una y otra de la siguiente manera: “... *más un estudio detenido de ese asunto, hecho por los autores y la jurisprudencia, en la que puede citarse la colombiana, ha venido a evidenciar que si es verdad que el caso fortuito y la fuerza mayor producen el mismo efecto liberatorio o sea la exoneración del deudor, no obstante esto esas dos figuras son distintas y responden a formas también muy diversas. La fuerza mayor designa el obstáculo a la ejecución de una obligación, como resultado de una fuerza extraña, y el caso fortuito el obstáculo interno, es decir, el que proviene de las condiciones mismas de la conducta del deudor, del accidente material, de la falta del empleado, etc. por eso en el caso fortuito se ve la imposibilidad relativa de la ejecución*

¹⁷⁷ CÓDIGO Civil Colombiano, artículo 64.

[...] El elemento relativo que configura el caso fortuito está condicionado por tres factores, como fenómenos que constituyen la exoneración del deudor, a saber: a) que la inejecución provenga de una causa extraña que no le puede ser imputada; b) que el acontecimiento constitutivo del caso fortuito haya escapado a toda previsión y así no basta que el deudor no haya previsto el acontecimiento sino que es necesario que por la misma naturaleza del hecho no haya podido ser previsto normalmente por el deudor; y c) que las circunstancias hayan opuesto un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación”¹⁷⁸.

Hecha la distinción jurisprudencial del Caso Fortuito y la fuerza mayor, se extendió la tesis de la jurisdicción ordinaria a la contencioso administrativa, no obstante equivocarse al pretender que los dos conceptos aún se equiparan en la justicia ordinaria, cuando en la realidad, ya este aspecto había sido aclarado, exposición que se hace en los siguientes términos: *“En este punto cabe precisar la diferencia entre la causal eximente de responsabilidad por la fuerza mayor y el caso fortuito que no tiene esa virtualidad. La fuerza mayor y el caso fortuito como eximentes de responsabilidad se equiparan en el derecho privado, mientras que el administrativo les tiene demarcado sus efectos, y ello hace que no se refiera a estas dos hipótesis indistintamente. Varios han sido los criterios ensayados en la jurisprudencia con base en la doctrina sobre la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor. Así, se ha dicho que: (i) el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa el daño; mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad; (ii) hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida; (iii) la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad, y (iv) el caso fortuito se relaciona con acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza. De manera más reciente ha insistido la Sala en la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito basada en el origen de la causa. De este modo, mientras se demuestre por la parte actora que en el ejercicio de una actividad de las calificadas de*

¹⁷⁸ CORTE Suprema de Justicia, sentencia del 7 de marzo de 1939, Gaceta Judicial tomo XLVIII, p.707; cit. en Código Civil Colombiano, Edición especial del centenario 1887-1987, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia, 1987, p. 82

*riesgo o peligrosas, se le causó un daño que proviene del ejercicio de aquellas, el caso fortuito no podrá excluir o atenuar la responsabilidad de la persona pública, ya que se parte de que el evento ocurrido tiene un origen interno al servicio, la actuación o la obra pública. No ocurre lo mismo cuando la causal eximente que se alega es la fuerza mayor, cuyo origen es extraño, externo a la actividad de la administración, el cual sí constituye eximente de responsabilidad”*¹⁷⁹. Esta sentencia, frente a que el caso fortuito no exime de responsabilidad, es ratificación de lo expuesto por el mismo Consejo de Estado en pronunciamiento anterior, cuando al respecto se expuso: “... a pesar de que nuestra legislación, a diferencia de la mayoría de los ordenamientos jurídicos, trae una definición expresa en la que equipara los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito en el artículo 1 de la ley 95 de 1890, que subrogó el artículo 64 del Código Civil, - concepción monista – tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado han considerado que no se trata de un mismo fenómeno jurídico – concepción dualista -. Así, en sentencia ya citada del 19 de diciembre de 1.989, esta sección sostuvo que el caso fortuito ‘en su concepción moderna ius administrativa de causa desconocida, no exonera a la administración frente a este tipo de perjuicios’”¹⁸⁰ Concluimos entonces, con relación al caso fortuito, que por tratarse de una actividad interna, inherente a la administración, no le sirve de causal eximente de responsabilidad.

Con relación a la responsabilidad por los hechos de la guerra irregular ocurre algo similar, porque, al fin y al cabo, es una actividad inherente a la Nación, que no a la administración, tal y como se expondrá más adelante.

En consecuencia, podemos afirmar que el caso fortuito es el acontecimiento imprevisible, de inevitabilidad relativa, pero con imposibilidad de resistir, que no exonera de responsabilidad a quien le es imputable la causación del daño, por hacer parte de su propia actividad interna.

¹⁷⁹ CONSEJO de Estado, Sección 3ª, Sentencia 29 de agosto de 2007, Bogotá, magistrado ponente Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁸⁰ CONSEJO de Estado, Sección 3ª, Sentencia 16 de junio de 1997, Bogotá, magistrado ponente Ricardo Hoyos Duque.

2.6.2.2. Fuerza mayor

La doctrina francesa, con relación a la fuerza mayor, también se han pronunciado a través de varios tratadistas, entre ellos, AMBROISE COLIN, HENRI CAPITANT y M.L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, para quienes la fuerza mayor es “la imposibilidad absoluta, proveniente de un obstáculo irresistible para todos, incluso para el hombre más fuerte y más inteligente, (tempestad, rayo, terremoto, guerra, hecho del príncipe, etc.)”¹⁸¹ Aunque la definición antes transcrita es completa e importante, me inclino, al igual que los hermanos MAZEAUD y TUNC, por la definición expuesta por el tratadista JOSSERAND, para quien la fuerza mayor es “la fuerza que ha irrumpido desde fuera en el círculo de los dos adversarios”¹⁸² caracterizándose en ella la exterioridad como elemento definitivo de la fuerza mayor, siendo al mismo tiempo imprevisible e irresistible, y constituyéndose en causal que sí exime de responsabilidad, por ser exterior a la actividad que realiza a quien se atribuye el daño procesalmente.

Para el tratadista francés Michel Paillet la fuerza mayor se caracteriza por la irresistibilidad, la imprevisibilidad y la exterioridad, argumentando, con fundamento en providencias del Consejo de Estado de ese país, que “*la irresistibilidad corresponde a la idea de que el deudor de una obligación no se puede reprochar una falta que él no podía evitar desde que a él se le impone una fuerza insuperable. Así el acontecimiento constitutivo de la fuerza mayor deberá ser realmente imposible de superar, como lo son ciertos cataclismos naturales: ciclón(CE, 27 de julio de 1988, Cie. Marseillaise de Madagascar, RD publ. 1989, p. 546) lluvias de una intensidad y de una violencia excepcionales (CE, 25 de mayo de 1990, Abadie, Rec. CE, índices, p.1026) y, más en general, pero muy hipotéticamente, ‘un hecho imparable’ [...] La imprevisibilidad viene a juntarse a la irresistibilidad en cuanto aquello que es previsible no es normalmente irresistible ‘en tanto que permite*

¹⁸¹ MAZEAUD, Henri y León, TUNC André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, tomo II, volumen II, 5ª edición, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa y América, 1963, p. 157.

¹⁸² MAZEAUD, Henri y León, TUNC André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, tomo II, volumen II, 5ª edición, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa y América, 1963, p. 157.

precaverse, al punto que a veces se ha pretendido que en realidad los dos criterios de la fuerza mayor se superponen para no ser más que uno (F.P. Benoit). Pero la imprevisibilidad es muy frecuentemente invocada en la jurisprudencia y permite explicar que ciertos acontecimientos naturales, aún cuando fuesen de una intensidad extraordinaria, no se consideran como constitutivos de fuerza mayor porque ya se han producido, incluso en un pasado relativamente lejano. [...] De suerte que la imprevisibilidad es un instrumento de medida bastante aproximativo que completa la irresistibilidad sin tener un papel autónomo absolutamente incontestable en términos absolutos o en todo caso constante. Además, parece que la fuerza mayor, cuando interviene en materia de responsabilidad, obedece a exigencias menores respecto del imperativo de la imprevisibilidad. [...] En cuanto a la exterioridad esta supone que el hecho constitutivo de fuerza mayor sea extraño al demandante que lo invoca. [...] Esta exoneración será total si el acontecimiento de fuerza mayor aparece como la causa exclusiva del daño [...] pues en la medida en que la administración ha agravado las consecuencias de la fuerza mayor podrá ser declarada responsable proporcionalmente por la parte causada por su comportamiento en la producción del daño”¹⁸³. Así, la irresistibilidad esta ligada a la imposibilidad de resistir, por lo tanto, cuando el hecho sea previsible podrá ser resistido o irresistible y, en este último caso de previsibilidad con irresistibilidad, deberá responder el Estado, por ejemplo, y me adelanto, por lo hechos de la guerra, en los que los ataques son previsible, pero que podrán ser irresistibles dada la magnitud del ataque enemigo, siendo inevitable la condena por los daños que se hayan producido.

La doctrina española, por el contrario, señala que “los hechos o acontecimientos externos irresistibles y, por lo tanto, inevitables, sean o no previsible, exoneran a la administración de la responsabilidad que, en otro caso, le sería atribuida. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2003 (recurso de casación núm. 1058/1999) (RJ 2003, 8236), se declara lo siguiente: ‘con los hechos que la sala tiene como probados..., no es posible prever el resultado que aconteció y que, desde ese punto de vista era imprevisible y encaja

¹⁸³ PAILLET Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 95, 96 y 97

en el concepto que de la fuerza mayor predica esta Sala, en la sentencia de 17 de octubre de 2001 y en las que en ella se citan de 25 de noviembre de 2000 y 19 de abril de 2001, entre otras, al decir que en la fuerza mayor; hay una determinación irresistible y exterior, determinación absolutamente irresistible, es decir, aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista, de tal modo que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En tales términos, se han manifestado las sentencias de 23 de mayo de 1986 y 19 de abril de 1997, **al señalar que constituye fuerza mayor: ‘aquellos hechos que, aún siendo previsibles sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado’**”¹⁸⁴. La tesis esgrimida por la jurisprudencia española es contraria a la francesa, en cuanto a la imprevisibilidad, que se constituye en un elemento esencial de la fuerza mayor, en tanto que para la española el elemento de la imprevisibilidad no hace parte de la esencia del concepto, posición que cuestiono, porque si el hecho es previsible hace que la administración responda por su ocurrencia, luego la fuerza mayor debe caracterizarse también por su imprevisibilidad.

En la doctrina argentina encontramos lo expuesto por María del Pilar Amenábar, quien sostiene que en la codificación de su país “La norma no proporciona una definición de fuerza mayor aunque se refiere a ella en la nota del mismo artículo (art. 514 Código Civil), donde consigna: ‘los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o la fuerza del príncipe’ [...] Se han formulado diversos criterios para distinguir las nociones de caso fortuito y fuerza mayor a) ... la fuerza mayor es un hecho del hombre; b) ... la fuerza mayor es un hecho extraordinario; c) ... la fuerza mayor es irresistible; d) ... es imprevisible para el deudor más diligente; e) ... la fuerza mayor es un hecho externo a ella (a la relación obligacional) [...] Las notas definitorias de la fuerza mayor son la imprevisibilidad e irresistibilidad y la exterioridad. Se caracteriza por una causa extraña, exterior con relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible, y en todo caso irresistible, aunque hubiera podido ser

¹⁸⁴ ABOGACÍA General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España - Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010, p.305

prevista. La noción refiere a los acaecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza. [...] La fuerza mayor es el resultado que no se acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, y que no ha sido tenido en miras al ejecutarse el hecho. [...] En el caso de la fuerza mayor, el evento deriva de un suceso totalmente extraño a la actividad de la Administración, y se presenta de modo inesperado, violento o insuperable”

La misma tratadista sobre la imprevisibilidad e irresistibilidad expone: “*La imprevisibilidad exigida es en abstracto: Un riesgo no es imprevisible si es conocido ex ante. En este sentido se ha resuelto que no cabe apreciar la existencia de fuerza mayor en los desprendimientos de rocas, si la caída de estas era perfectamente previsible, al ser consecuencia de un proceso natural derivado de la composición geológica del monte (STS de 27 de octubre de 1990, Arazandi 8930) Y en un supuesto de daños derivados del derrumbamiento de parte de la muralla de Cáceres, el Tribunal Supremo negó la existencia de ‘fuerza mayor’ ya que la situación de peligro era conocida desde bastantes meses antes con tiempo adecuado para tomar medidas de orden a evitar el derrumbamiento finalmente acaecido (STS de 12 de diciembre de 1989, Arazandi 9392) La aplicación de esta doctrina, como consecuencia de la cual un riesgo impredecible en concreto es previsible, y por tanto, no constituye ‘fuerza mayor’, expande la responsabilidad porque gran parte de los riesgos naturales son predecibles en abstracto”*. Y sobre que la irresistibilidad o inevitabilidad es objetiva en términos técnicos, sostiene que “*un evento no será conceptuable como supuesto de fuerza mayor si es evitable. A efectos de determinar la irresistibilidad del evento, no se trata de examinar si con los medios disponibles se pudieron evitar las consecuencias dañosas, sino de determinar si técnicamente era posible evitarlo”* ¹⁸⁵. La posición adoptada por la doctrina y la jurisprudencia argentina es más coherente con relación a los elementos estructurantes de la fuerza mayor, en cuanto a determinar que su imprevisibilidad es fundamental para efectos de la exoneración de responsabilidad de quien produjo el hecho, por cuanto, si es previsible el acontecimiento, se podría estar ante una falla del servicio por no haber evitado su acaecimiento. Es muy dado en caso de la guerra y,

¹⁸⁵ AMENÁBAR María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p.349, 350, 351, 352, 353 y 354

específicamente, en el caso colombiano, en donde se ubican las bases móviles, fijas o semifijas en los lugares en donde se detecta la presencia del enemigo, luego el acontecimiento del ataque, del hechos de la guerra se torna previsible y, en consecuencia, de producirse el hecho dañino en los miembros de las fuerza pública y sus familias deberá la Nación o el Estado resarcir los daños y consecuenciales perjuicios irrogados.

En el derecho colombiano encontramos como antecedente de la fuerza mayor el artículo 64 del Código Civil, con el siguiente tenor literal: “*Se llama fuerza mayor y caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigo, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”¹⁸⁶. Como se puede apreciar, en un principio, se acogió la posición monista de la época, permitiendo que tanto la ley y como la doctrina se refirieran indistintamente a los dos conceptos con el mismo significado.

Dado lo anterior, se presentó el pronunciamiento de la jurisdicción civil acerca del tema, quien estableció que se trataba de dos conceptos diferentes, exteriorizando la distinción entre una y otra de la siguiente manera: “... *más un estudio detenido de ese asunto, hecho por los autores y la jurisprudencia, en la que puede citarse la colombiana, ha venido a evidenciar que si es verdad que el caso fortuito y la fuerza mayor producen el mismo efecto liberatorio o sea la exoneración del deudor, no obstante esto esas dos figuras son distintas y responden a formas también muy diversas. La fuerza mayor designa el obstáculo a la ejecución de una obligación, como resultado de una fuerza extraña, y el caso fortuito el obstáculo interno, es decir, el que proviene de las condiciones mismas de la conducta del deudor, del accidente material, de la falta del empleado, etc. por eso en el caso fortuito se ve la imposibilidad relativa de la ejecución [...]*”¹⁸⁷.

En otro pronunciamiento jurisprudencial se expuso que: “*La fuerza mayor debe estar*

¹⁸⁶ CÓDIGO Civil Colombiano, artículo 64.

¹⁸⁷ CORTE Suprema de Justicia, sentencia del 7 de marzo de 1939, Gaceta Judicial tomo XLVIII, p.707; cit. en Código Civil Colombiano, Edición especial del centenario 1887-1987, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia, 1987, p. 82

constituida por un hecho que haga absolutamente imposible el cumplimiento de la prestación debida, y no simplemente que la haga más difícil o gravosa”¹⁸⁸.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia de la justicia ordinaria hizo hincapié en la exterioridad del hecho generador de la fuerza. La jurisdicción contenciosa también abordó el tema y expuso lo siguiente: *“En este punto cabe precisar la diferencia entre la causal eximente de responsabilidad por la fuerza mayor y el caso fortuito que no tiene esa virtualidad. La fuerza mayor y el caso fortuito como eximentes de responsabilidad se equiparan en el derecho privado, mientras que el administrativo les tiene demarcado sus efectos, y ello hace que no se refiera a estas dos hipótesis indistintamente. Varios han sido los criterios ensayados en la jurisprudencia con base en la doctrina sobre la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor. Así, se ha dicho que: (i) el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa el daño; mientras que **la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad**; (ii) hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida; (iii) la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y **la de la fuerza mayor en la irresistibilidad**, y (iv) el caso fortuito se relaciona con acontecimientos provenientes del hombre y **la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza**. De manera más reciente ha insistido la Sala en la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito basada en el origen de la causa. De este modo, mientras se demuestre por la parte actora que en el ejercicio de una actividad de las calificadas de riesgo o peligrosas, se le causó un daño que proviene del ejercicio de aquellas, el caso fortuito no podrá excluir o atenuar la responsabilidad de la persona pública, ya que se parte de que el evento ocurrido tiene un origen interno al servicio, la actuación o la obra pública. **No ocurre lo mismo cuando la causal eximente que se alega es la fuerza mayor, cuyo origen es extraño, externo a la actividad de la administración, el cual sí constituye eximente de responsabilidad**”¹⁸⁹*

¹⁸⁸ CORTE Suprema de Justicia, sentencia del 22 de julio de 1959, Gaceta Judicial tomo XCI, p. 286; cit. en Código Civil Colombiano, Edición especial del centenario 1887-1987, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia, 1987, p. 82

¹⁸⁹ CONSEJO de Estado, Sección 3ª, Sentencia 29 de agosto de 2007, Bogotá, magistrado ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Siendo así el avance jurisprudencial y doctrinal, podemos afirmar que la fuerza mayor es un acontecimiento imprevisible, irresistible y externo a la actividad del demandado en el proceso de responsabilidad que hace que se desvíe o desplace el nexo de imputación a ese acontecimiento constitutivo de la fuerza mayor, es decir, el nexo de imputación se dirige al acontecimiento y no al demandado. Insisto, contrario a lo que ha venido pregonando la doctrina y la jurisprudencia, que ni el nexo de causalidad, ni el de imputación, se rompen, porque esa ruptura truncaría la imputación, es decir, quedaría el hecho en el aire, como surgido de la nada, realmente lo que ocurre es un desplazamiento o desvío del nexo de imputación, que no del de causalidad, a un evento extraño a la persona demandada.

2.6.2.3. Hecho de la víctima

Es una causal eximente de responsabilidad por constituirse en una conducta atribuible al propio lesionado, a la propia víctima, quien con su actuar, culposo o no, contribuyó a la ocurrencia del hecho productor del daño.

En la doctrina francesa para los Hermanos MAZEAUD y TUNC, *“el problema del influjo del hecho de la víctima sobre la responsabilidad civil del demandado desempeña un papel capital, especialmente en las esferas donde, por haber establecido la ley una presunción de responsabilidad, el demandado se encuentra sujeto a probar una causa ajena para liberarse”*¹⁹⁰. Pero esta excepción de responsabilidad destinada a la misma persona que sufrió el daño no sólo se aplica en aquellos casos en donde exista la presunción de responsabilidad, sino que podrá esgrimirse en todos los procesos en donde se vea comprometida la intervención de la propia víctima en la causación de su propio daño, tal y como los sostiene el tratadista francés Michel Paillet: *“el hecho de la víctima tiene un efecto exoneratorio invariable, sea que la reparación se procure sobre el terreno de la culpa o fuera de ella. Ello es apenas lógico, pues en esta hipótesis el daño es en realidad la consecuencia del propio comportamiento de la víctima, que solo puede emprenderla contra*

¹⁹⁰ MAZEAUD, Henri y León, TUNC André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, tomo II, volumen II, 5ª edición, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa y América, 1963, p. 31

sí mismas por cuanto en realidad es su autor”¹⁹¹. Concluimos entonces con el tratadista francés, que cuando el hecho o culpa de la víctima es la única y exclusiva causa del daño, resulta irrelevante si la víctima actuó o no con culpa, porque en últimas, con o sin ella, si su actuación fue la generadora del daño, la desviación o desplazamiento del nexo de imputación se mueve hacia sí misma.

En el ordenamiento civil argentino se tiene que los artículos 1111 y 1113 establecen que la culpa de la víctima exonera de responsabilidad al sindicado como responsable del hecho, según la intensidad de la participación en la producción del hecho. En el ámbito de responsabilidad de la administración pública ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: “*el criterio regulador del artículo 1113, CC, autoriza a graduar el factor de imputación en función de la posible eficiencia de la culpa de la víctima en conjunción con el ‘riesgo creado’, al disponer que el dueño o guardián podrá eximirse total o parcialmente de responsabilidad si acredita la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder*”¹⁹². Quiere decir lo anterior que el hecho de la víctima puede exonerar parcial o totalmente al causante del hecho. Sobre este aspecto insisto en mi posición en el sentido de reafirmar que cuando el hecho es exclusivo y determinante de la víctima, contrario a lo que sostiene la tratadista María del Pilar Amenábar, el nexo de causalidad o el nexo de imputación no se rompen, se desvía o desplaza totalmente. Ahora, cuando la exoneración es parcial porque concurren las causas, esto es, la actuación de la administración y de la víctima, tampoco hay ruptura de los nexos de causalidad y de imputación, sino que el nexo de imputación es compartido de acuerdo con la intensidad de participación de cada uno en la producción del hecho causante del daño.

Es necesario precisar que, para que el hecho o culpa de la víctima tenga un efecto eximente, debe poseer un vínculo de causa efecto con el daño, pues en nada importaría un comportamiento culposos o no de la víctima si este no tiene un vínculo directo con el hecho

¹⁹¹ PAILLET, Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 93

¹⁹² CORTE, Suprema de Justicia, fallo 314:661, cit. en AMENÁBAR María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 340

que ocasionó el daño, por esto la intensidad del vínculo debe estar plenamente demostrado para que exima de responsabilidad. Además de lo anterior, el hecho o culpa de la víctima no puede ser imputado al demandado, en éste caso la administración, es decir, que la administración misma no lo haya provocado. Pero puede ocurrir que la culpa o el hecho de la víctima se presente al mismo tiempo con el de la administración, caso en el cual, ante la concurrencia de culpas, corresponde al juez administrativo valorar la intensidad de cada una para efectos de compensar proporcionalmente la indemnización a cargo de la administración, evitando, por contera, que se presente un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima que, con su conducta influyó en la ocurrencia del hecho dañoso. Para que la administración se exonere de responsabilidad total debe probar que el hecho o la culpa de la víctima es exclusiva y determinante.

En el caso colombiano existen normas dentro de la legislación civil que estructuran la responsabilidad de la víctima y del tercero. En efecto, el artículo 2.356 dispone: *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta...”* redacción que incorpora tanto el hecho como la culpa. Por su parte el artículo 1.357 del mismo ordenamiento civil dispone expresamente sobre la culpa de la víctima: *“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*.

Se sostiene, entonces, la misma teoría en cuanto a que si la actuación de la víctima es exclusiva y determinante en la generación del hecho dañino y su consecuencial perjuicio libera totalmente de responsabilidad a la administración, pero que si se presenta el hecho de víctima, junto con la actuación de la administración, tan sólo se tomará como un atenuante de la responsabilidad de la administración y surgirá el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas que generará la compensación del daño, es decir, como lo expuse en el párrafo que antecede, se deberá condenar proporcionalmente a la administración y a la víctima de acuerdo con la intensidad de su participación en la generación del hecho. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado: *“... dadas las particulares circunstancias como sucedió el daño, puede advertirse que concurrieron a su realización la conducta culposa de la víctima*

y la falla del servicio de la Administración, el primero por no adoptar las medidas indispensables y abstenerse de utilizar el equipo de dotación entregado por la empresa para efectuar la reparación de las redes eléctricas, y la segunda, por cuanto el técnico bajo su dirección, restableció el fluido eléctrico cuando por disposición organizacional le correspondía mantenerlo interrumpido hasta recibir las instrucciones pertinentes. Dentro de este orden de ideas y de acuerdo con la prueba que se deja valorada [...] el sentenciador concluye que la víctima contribuyó a la realización del hecho dañoso, razón por la cual se reducirá la condena en un treinta por ciento (30%) haciendo para ello uso de la facultad que al sentenciador le confiere el artículo 2.357 del C.C.”¹⁹³

Considero que e otros casos el Consejo de Estado se ha equivocado al considerar que la víctima que fallece como consecuencia de su propia responsabilidad es la responsable ante los deudos que demandan, cuando en realidad se trata de la culpa de un tercero, como lo sostienen los Hermanos Mazeaud y Tunc, porque al fallecer la persona, deja de ser víctima, asumiendo la posición de tales los deudos demandantes, por lo tanto ante esta circunstancia se deben negar las pretensiones por culpa de un tercero, no por culpa de la víctima porque ella ya no lo es, ya no existe como persona, siendo las víctimas los demandantes.

Se puede concluir que la culpa de la víctima es la causal de exoneración parcial o total de la responsabilidad del demandado; para el caso nuestro la Administración, La Nación o el Estado; cuando por negligencia, culpa o hecho producido por la propia víctima, se desvía o desplaza el nexo de imputación hacia ella misma, pudiendo en consecuencia el juez compensar el daño de acuerdo con la intensidad de la participación de la víctima en la producción del hecho dañino, teniendo en cuenta para ello la teoría de la concurrencia de culpas de hechos.

2.6.2.4. Hecho de un tercero

¹⁹³ CONSEJO, de Estado, sección Tercera, sentencia del 9 de noviembre de 1995, expediente 10.823, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Puede ocurrir que la reclamación de responsabilidad del daño no sea atribuible a la administración, si no que sea consecuencia de la actuación de un tercero, caso en el cual es simple la exoneración si se logra demostrar que la culpa o hecho del tercero es exclusivo y determinante, sin embargo, no siéndolo, debe operar la compensación en iguales condiciones que como se explicó para el hecho de la víctima. Ahora, apoyado en los hermanos MAZEAUD y TUNC no comparto la posición en cuanto a que la conducta del tercero debe ser culposa para que comprometa su responsabilidad, porque el hecho generador en cabeza de un tercero, así no sea culposo, desplazará o desviará el nexo de imputación hacia el tercero mismo. En consecuencia, la responsabilidad del tercero no se presume, por lo tanto en los casos en que opere la presunción no puede el demandado, esto es, la Administración Pública, presentar la excepción de culpa presunta o hecho presunto de un tercero para eximirse de la responsabilidad, por lo que se debe probar dentro del proceso el hecho o la culpa del tercero alegada. Para que la administración se exonere totalmente de responsabilidad con fundamento en ésta excepción, debe probar que la culpa del tercero fue exclusiva y determinante.

Los tratadistas franceses argumentan con justa razón que se debe dejar claro a que se refiere el vocablo del tercero, argumentando que frente a ese aspecto debe hacerse una reserva, por cuanto no podrá tenerse como tercero *“a las personas por las que el demandado es responsable civilmente. En efecto, esas personas no son terceros en las relaciones del demandado y de la víctima...”* apreciación importante porque en el caso de la responsabilidad del Estado, la Nación o la Administración Pública, no se podrá alegar que el funcionario público que produjo el daño es un tercero, más aún cuando para la producción del hecho generador del daño utilizó bienes o herramientas pertenecientes a la Administración, La Nación o el Estado, o bien porque su actuación fue negligente o fue producto de la omisión del cumplimiento de un deber. Para que el hecho o la culpa de un tercero exonere de responsabilidad debe atribuirse a un individuo o persona determinada, porque de lo contrario o no exonera de responsabilidad o se cae en la fuerza mayor o el caso fortuito, debiendo aplicar los elementos y las condiciones de cada uno de estas causales, debiendo recordar que el caso fortuito por su naturaleza interna no exime de

responsabilidad.

Ahora, se debe precisar que, igual a lo que ocurre con el hecho o culpa de la víctima, si la causa del daño es el hecho de un tercero, es irrelevante probar que actuó o no con culpa, pero si en la ocurrencia del hecho se presenta la concurrencia de culpas, se deberá probar y determinar la intensidad del hecho del tercero para así mismo compensar el daño.

2.7. Guerra, terrorismo, conceptos, evolución jurisprudencial de responsabilidad:

2.7.1. Guerra:

La Real Academia Española define la guerra, entre otras acepciones, y considero la siguiente como la más conveniente para este trabajo, como “*Lucha armada entre dos o más naciones o entre bandos de una misma nación*”¹⁹⁴, significado que involucra no sólo la lucha armada entre estados, sino que incluye la lucha entre los bandos de una misma nación, es decir, al interior del territorio de un Estado.

Para Sun Tzu la guerra es “*un asunto de vital importancia para el Estado; la provincia de la vida o de la muerte; el camino de la supervivencia o de la ruina. Se requiere estudiarla profundamente. [...] (Li Chüan: Las armas son herramientas de mal agüero. La guerra es un asunto delicado. Me preocupa que que nos vayamos a embarcar en ella sin la debida reflexión*”¹⁹⁵. Desde un principio se estableció que la guerra era un asunto del Estado, no propiamente de la población civil, sino de la organización estatal compuesta por un territorio, una población y un gobierno, en su concepción geopolítica.

Aristóteles sostuvo sobre la guerra justa que el Estado tenía cinco pretextos para declarar la guerra de manera legítima: “*En autodefensa, para vengarse de quienes nos hubieran perjudicado, para ayudar a los aliados, para adquirir ventajas para la polis en forma de*

¹⁹⁴ www.rae.es

¹⁹⁵ TZU, Sun, El arte de la guerra, Bogotá, Editorial Panamericana, 1999, p. 102

gloria o de recursos y para mantener la autoridad sobre quienes eran incapaces de gobernarse a sí mismos”¹⁹⁶, pretextos que se repetirán en autores posteriores.

Cicerón por su parte sostuvo que *“la única excusa para ir a la guerra es la búsqueda de una vida pacífica sin sufrir daños”*¹⁹⁷, guerra justa que implica guarda consigo la legitimidad de declarar la guerra en defensa propia.

Para Gastón Bouthoul la guerra *“es una manifestación de violencia, pero de violencia organizada, no hay guerra propiamente dicha que no sea regida por reglas más o menos precisas, por un derecho formal o consuetudinario. [...] la segunda característica jurídica de la guerra es la de ser un verdadero proceso destinado a poner fin a un litigio cuyos motivos se especifican de antemano. [...] Podemos añadir otra definición compleja, la de Quincy Wright: ‘La guerra puede ser considerada como un conflicto simultáneo de fuerzas armadas, de sentimientos populares, de dogmas jurídicos, de culturas nacionales’ [...] por nuestra parte, proponemos la siguiente definición: La guerra es la lucha armada y sangrienta entre agrupaciones organizadas. [...] Quincy Wright pone también de relieve el aspecto jurídico de este fenómeno: ‘La guerra –dice– es la condición legal que permite a dos o varios grupos hostiles sostener un conflicto por medio de fuerzas armadas’*”¹⁹⁸. Estas definiciones de Bouthoul y de Wright son precisas y ceñidas a la realidad, la guerra es grupal, armada y sangrienta.

Sobre la relación de guerra y política ha sostenido el general prusiano Karl von Clausewitz, *“la guerra no es más que un duelo en una escala más amplia. Si quisiéramos concebir como una unidad los innumerables duelos residuales que la integran, podríamos representárnosla como dos luchadores, cada uno de los cuales trata de imponer al otro su voluntad por medio de la fuerza física; su propósito siguiente es abatir al adversario e incapacitarlo para que no pueda proseguir con su resistencia. La guerra constituye, por*

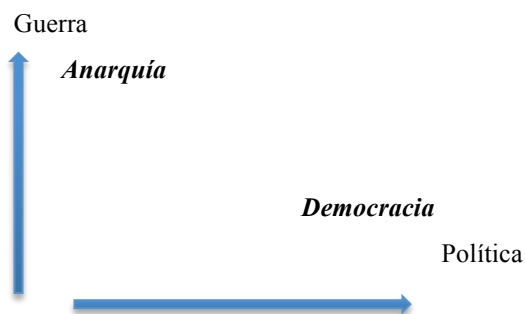
¹⁹⁶ ARISTÓTELES, cit. por BELLAMY, Alex J. Guerras Justas de Cicerón a Iraq, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 45

¹⁹⁷ CICERÓN, cit. por BELLAMY, Alex J. Guerras Justas de Cicerón a Iraq, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 47

¹⁹⁸ BOUTHOU, Gastón, El fenómeno guerra, Barcelona, Plaza y Janes S.A. 1971, p. 40 a 51.

tanto, un acto de fuerza que se lleva a cabo para obligar al adversario a acatar nuestra voluntad. [...] la guerra es un acto de fuerza, y no hay un límite para su aplicación. Los adversarios se justifican uno al otro, y esto redundará en acciones recíprocas llevadas por principio a su extremo. [...] es un medio serio para alcanzar un fin serio[...] la guerra (entre naciones enteras) y particularmente entre naciones civilizadas, surge siempre de una circunstancia política, y no tiene manifestación más que por un motivo político. Es, pues, un acto político. [...] La guerra constituye, por así decir, un embate regular de violencia, de mayor o menor intensidad y vehemencia, y que, a consecuencia de ello, libera las tensiones y agota las fuerzas de una forma más o menos rápida o, en otras palabras, conduce al objetivo propuesto con mayor o menor rapidez. [...] Veamos, pues, que la guerra no constituye simplemente un acto político, sino un verdadero instrumento político, una continuación de la actividad política, una realización de esta por otros medios. Lo que resta de peculiar en la guerra guarda relación con el carácter igualmente peculiar de los medios que utiliza. El arte de la guerra en general, y el jefe que la conduce en cada caso particular, pueden determinar que las tendencias y los planes políticos no encierren ninguna compatibilidad con estos medios. Esta exigencia no resulta baladí; pero, por más que se imponga poderosamente en casos particulares sobre los designios políticos, debe considerársela siempre sólo como una modificación de esos designios, ya que el propósito político es el objetivo, mientras que la guerra constituye el medio, y nunca el medio cabe ser pensado como desposeído del objetivo”¹⁹⁹.

Si hicieramos un plano cartesiano de la teoría del general, con relación a las guerras internas, veríamos:



¹⁹⁹ CLAUSEWITZ, Karl von, de la guerra, táctica y estrategia, Barcelona, Idea Books, 1999, p. 29, 31, 46, 47,

Esto es, a mayor actividad de guerra y menor actividad política, mayor propensión a la anarquía; por el contrario, a mayor actividad política y menor cantidad de guerra, mayor propensión a la democracia.

Las democracias están sostenidas sobre sus Ejércitos, por lo tanto, el Estado deberá procurar que los derechos fundamentales de los miembros integrantes del Ejército se garanticen en ejecución de las operaciones militares.

Sobre la guerra y el derecho sostuvo Immanuel Kant que, *“además de la violencia activa (de la primera agresión, que es distinta de la primera hostilidad), es la amenaza la que da base al derecho a la guerra, ora unos preparativos previamente emprendidos que fundan el derecho de prevención, ora el simple poder tremendamente creciente debido a conquistas territoriales de otro Estado. [...] ninguna guerra de Estados independientes entre sí puede ser una guerra punitiva (bellum punitivum) pues la pena sólo se da en la relación de un superior (imperantis) con el súbdito (subditum) relación que no es de los Estados entre sí”*²⁰⁰. Sostiene así Kant, que el derecho de todo estado a hacer la guerra, es la legítima defensa contra la agresión de otro Estado, incluso tiene el derecho a prepararse ante la eventual amenaza o eventualidad de dicha agresión. Sobre este aspecto sostiene el filósofo italiano Norberto Bobbio que *“las guerras defensivas, común denominador de todas las teorías ha sido siempre el reconocimiento de la reparación de un agravio sufrido o el castigo de un culpable. De este modo la guerra ha sido asimilada a un procedimiento judicial, es decir a un expediente para resolver una disputa surgida entre sujetos que no obedecen una ley común. Pero justamente esa asimilación ha terminado de poner en evidencia la debilidad de la teoría. [...] La guerra es un procedimiento judicial en la que el mal mayor es infligido no por quien tiene más derecho, sino por quien tiene más fuerza, por lo que se verifica una situación en que no es la fuerza quien está al servicio del derecho sino este el que acaba estando al servicio de la fuerza. En síntesis: cualquier*

²⁰⁰ KANT, Immanuel, Sobre la paz perpetua, Madrid, Alianza Editores, 2012, p. 15

procedimiento judicial se instituye con el fin de hacer vencer a quien tiene razón. Pero el resultado de la guerra es justamente el contrario: dar razón a quien vence. [...] Una última observación global: el objetivo principal de un procedimiento judicial dentro de un orden es la restauración del orden establecido. Se presume que el orden establecido es justo y que todo atentado a dicho orden es injusto. El proceso es el medio con que el orden establecido (justo) es restablecido contra todo intento de acabar con él. Su función es eminentemente conservadora. Pero la guerra no tiene siempre una función restauradora: por el contrario, con mucha frecuencia las guerras que parecen justas a la opinión pública más avanzada tienen objetivo no de conservar el statu quo sino de subvertirlo. Piénsese en las guerras europeas de independencia del siglo pasado y en las guerras de liberación nacional de los países coloniales. En este caso, si se quiere hallar una analogía entre la guerra y una institución jurídica, el término de comparación no es el procedimiento judicial sino la revolución, es decir, el conjunto de actos que se proponen abatir un orden viejo e instaurar un orden nuevo. Frente a una guerra concebida como revolución, la distinción entre guerras justas y guerras injustas no tiene ya razón de ser: la relación contra el orden que se enfrenta, la revolución es siempre, por definición, injusta. La justificación de la revolución posterior, una vez consumados los hechos, cuando el orden nuevo queda establecido; y es en este orden, no en el antiguo, donde la revolución encuentra sus títulos de legitimidad ”²⁰¹. Vistas las cosas en esta forma podemos aproximarnos a la primera conclusión, la guerra defensiva puede dar paso a la que se conoce actualmente como la guerra preventiva, en la que se ataca al otro estado, o a la otra fuerza interior, antes de que esta produzca la primera agresión. Así mismo podemos concluir que las guerras al interior de los estados adquieren legitimidad para el grupo subversivo a partir del momento en que logran la victoria, siendo ilegítimo o ilegal su actuar durante el tiempo que dure la confrontación, por ejemplo el caso cubano.

Sobre la misma relación de derecho y guerra sostuvo el citado filósofo y catedrático Norberto Bobbio en el discurso de inauguración de la academia de ciencias de Turín, en

²⁰¹ BOBBIO, Norberto, El problema de la guerra y las vías de la paz, Barcelona, gedisa editorial, primera reimpresión, 2000, p. 52, 53 y 54

1964, ampliado en un ensayo escrito en Sanremo el 15 de septiembre de 1974: “... pretende demostrar que la relación derecho-guerra es tan compleja como la de derecho-fuerza, ya que esta, como la guerra, puede ser considerada desde diferentes puntos de vista, tanto la antítesis del derecho por el contrario, la fuente del mismo, tanto el medio para hacer cumplir el derecho, como por el contrario, el objeto principal de la reglamentación jurídica. El segundo considera la relación paz-guerra tanto desde el punto de vista conceptual como desde el sociológico, y traza una breve historia de las distintas formas de pacifismo, distinguiéndolas por la diversa explicación que cada una de ellas ofrece sobre la causa principal de las guerras”; y sobre la necesidad de la guerra y su contraposición con su eliminación basado en la teoría de Hobbes sobre el equilibrio del terror, sostiene: “La guerra es un elemento insustituible del progreso y en cuanto tal concurre, ella misma, al desarrollo progresivo de la humanidad; el progreso avanza a través de una gradual eliminación de las guerras, y por tanto uno de los elementos del progreso es la desaparición de la guerra en la historia”²⁰². De lo explicado por el filósofo italiano encontramos que la guerra puede considerarse como un instrumento de destrucción, pero también de regulación, como una impulsora del progreso o como un elemento que lo retrasa. Debo manifestar que me inclino por la segunda apreciación, en el entendido que la regulación que surge de la guerra no es la mejor, obedece muchas veces al capricho del vencedor y si este carece de criterio, será una regulación catastrófica; por otro lado tampoco producirá progreso la guerra, todo lo contrario, retrasan el progreso, el ejemplo más cercano es mi propio país, que muy seguramente sin el problema que sufre tendría un progreso o desarrollo social mayor al que hoy se tiene.

Además de lo expuesto es conveniente traer a colación lo expuesto por el mismo tratadista italiano acerca de la legalidad, la legitimidad de la guerra y sus clasificaciones, importante para entender el escenario de la responsabilidad del Estado por los hechos de la confrontación armada llamada guerra, a saber: “Por legitimidad entiendo un requisito de la titularidad del derecho, por legalidad, un requisito del ejercicio del derecho: Sobre la

²⁰² BOBBIO, Norberto, El problema de la guerra y las vías de la paz, Barcelona, gedisa editorial, primera reimpresión, 2000, p. 15, 16 y 47

base de esta distinción se ha podido distinguir, por una larga tradición, entre poder ilegítimo (*absque titulo*) y un poder ilegal (*quoad exercitium*). El juicio de legitimidad de la guerra corresponde al justo título (*la iusta causa*) por el que se la emprende; el juicio de legalidad corresponde exclusivamente al ejercicio o conducta de la guerra. Los dos juicios se hallan en planos diversos y son independientes entre sí, a tal punto que se pueden individualizar en abstracto cuatro tipos de guerra: legítima y legal, legítima e ilegal, ilegítima y legal, ilegítima e ilegal. Ahora bien, respecto del derecho positivo internacional, que es el único derecho relevante para un positivista, mientras el juicio de legitimidad no es un juicio jurídico, porque se funda en normas comúnmente aceptadas por los estados, o sea normas de derecho internacional positivo que constituyen el así llamado *ius belli*. Esto significa que el derecho internacional positivo no regula la causa de la guerra sino su conducta, cualquiera sea la causa. Respecto de la causa de la guerra, un estado no tiene límites jurídicos (de derecho positivo) sino sólo morales (o de derecho natural); respecto de la conducta de la guerra, tiene también límites jurídicos, es decir establecidos por un derecho vigente en la comunidad internacional a que pertenece y que él mismo ha contribuido a producir. [...] Además, la conducta de la guerra se halla en general sometida a los siguientes cuatro límites: 1) respecto de las personas (distinción entre beligerantes y no beligerantes); 2) respecto de las cosas (individuación de los objetivos militares); 3) respecto de los medios (prohibición de usar armas particularmente destructivas y homicidas); 4) respecto de los lugares (delimitación de las zonas de guerra)”²⁰³. El Estado es titular del derecho a defenderse o titular del derecho a hacer la guerra, siempre y cuando se encuentre bajo amenaza de agresión, en consecuencia el Estado está legitimado para efectos de declarar la guerra o intervenir en ella con el fin de defenderse. Ahora, estando en guerra el Estado debe actuar con legalidad, es decir, debe respetar las leyes de la guerra en la que se encuentra inmerso. Esto implica que, dentro de la guerra, respete a las personas que no hacen parte del conflicto (los civiles), respete los bienes que no son bélicos, respete el uso de las armas convencionales de tal forma que no afecte a las personas que no hacen parte del conflicto y respete los lugares objeto del

²⁰³ BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa editorial, primera reimpresión, 2000, p. 58, 59 y 60

conflicto. Estos aspectos son importantes para entender la responsabilidad de los Estados en conflicto o de los grupos armados en conflicto.

En el siguiente cuadro se representan las clases o tipos de guerra según Bobbio, en el que se plantean dos líneas, la vertical con la legitimidad y la horizontal con la legalidad, pudiendo ubicar en el cuadro cada una de las clases, así:

Legitimidad

Legítima e ilegal	Legítima y legal
Ilegítima e ilegal	Ilegítima y legal

Legalidad

- i) Legítima e ilegal: El Estado tiene la titularidad del derecho para hacer la guerra o intervenir en ella, pero su actuación dentro de la guerra es ilegal, es decir, viola las reglas preestablecidas que se aplican dentro del conflicto armado (*ius in bellu*).
- ii) Ilegítima e ilegal: El Estado no tiene la titularidad del derecho de hacer la guerra o de intervenir en ella porque no responde a una agresión y tampoco aplica dentro de la confrontación armada las leyes de la guerra, es decir, incurre en la violación de las normas que regulan las confrontaciones armadas (*ius ad bellu* y *ius in bellu*).
- iii) Ilegítima y legal: El Estado no tiene la titularidad del derecho de hacer la guerra o intervenir en ella, pero una vez enfreado en el conflicto aplica en él las leyes de la guerra.
- iv) Legítima y legal: El Estado tiene la titularidad del derecho a hacer la guerra o intervenir en ella como respuesta a una agresión de la que es objeto y, enfreado en el conflicto armado, aplica en él las leyes de la guerra, es respetuoso de los postulados positivos que la regulan.

Así entiendo los cuatro escenarios planteados por Bobbio, es apenas lógico llegar a estos conceptos de cada uno de los escenarios, importantes para determinar la responsabilidad del Estado en los conflictos armados internos, en especial, para el caso colombiano que me

ocupa y que abordaré más adelante.

Los conceptos expuestos han llevado a la doctrina a establecer los criterios de la guerra justa, trayendo a colación lo expuesto Alex J. Bellamy, para quien *“Las normas de la guerra justa se dividen en general en dos listas: las que rigen la decisión de iniciar la guerra (jus ad bellum) y las que rigen su conducta (jus in bello). En los últimos años, se ha formulado un tercer grupo de normas que rigen la conducta de los victoriosos, una vez terminada la guerra (juspost bellum). [...] El jus ad bellum contiene cuatro criterios sustanciales. El primero es la intención correcta: los individuos deben hacer la guerra en pro del bien común, y no en busca del engrandecimiento personal, ni por odio al enemigo [...] por lo tanto, un soldado sólo puede matar a otro porque no hay otra manera de defender el bien común o de corregir un error. [...] La segunda norma sustancial es que la guerra sólo puede ser iniciada por una justa causa, que suele limitarse a la autodefensa, la defensa de otros, la restauración de la paz, la defensa de los derechos y el castigo de los infractores. [...] a veces este criterio es denominado ‘causa suficiente’: ¿tenemos una causa suficientemente justa como para legitimar las acciones que pensamos llevar a cabo? [...] esto nos lleva al tercer criterio: la proporcionalidad de los fines, es decir, si el daño global que puede causar la guerra es menor que el causado por el mal que se intenta corregir. [...] El jus in bello regula la conducta de guerra. Contiene tres normas básicas. Primero, incorpora el principio de discriminación: los no combatientes nunca deben ser atacados deliberadamente. Me propongo argumentar luego que esta regla debe entenderse como una prohibición absoluta. Segundo incluye el principio de proporcionalidad: Sólo se pueden atacar objetivos militares cuando su valor militar es mayor que la destrucción previsible que resultará del ataque. Tercero, los combatientes no deben usar armamento prohibido; su conducta, además, no debe violar las leyes de guerra. El jus in bello se apoya con firmeza en la doctrina del doble efecto, enunciada por primera vez por Tomas de Aquino, esta doctrina sostiene que todo acto puede tener dos consecuencias: Una deseada y otra no. Aun si nuestra intención es buena, nuestras acciones pueden causar consecuencias negativas no queridas. Según la doctrina del efecto, las consecuencias negativas no queridas son excusables si se cumple con las cuatro condiciones siguientes:*

i) El fin deseado debe ser intrínsecamente bueno. ii) Los únicos efectos deseados son los buenos. iii) El efecto bueno no debe producirse por medio del efecto malo. iv) La bondad del efecto bueno debe ser mayor que el mal del efecto malo (proporcionalidad). Esta interpretación tiene un serio defecto, las exigencias planteadas por la doctrina del doble efecto deben ser tratadas con escepticismo. Vale la pena citar extensamente a Walzer: ‘No es suficiente con, sencillamente, no tener la intención de matar civiles. (...) lo que buscamos en tales casos es alguna señal de que hay un compromiso positivo de salvar vidas civiles. No aplicar simplemente la ley de la proporcionalidad y no matar más civiles de los necesarios desde el punto de vista militar (...) Los civiles tienen derecho a algo más. Y si salvar vidas civiles implica poner en peligro vidas de soldados, se debe aceptar el riesgo’²⁰⁴. De acuerdo con el tratadista australiano las normas de la guerra justa se encuadran dentro de los dos tiempos de la confrontación, el previo, es decir, la justificación para declarar la guerra o de intervenir en ella, y el respeto por las reglas que rigen la confrontación.

El *jus in bello* implica que se respeten los cuatro puntos expuestos desde la antigüedad, respeto a los civiles, por ejemplo, como lo sostiene Walzer, en el entendido que no basta con la intención de respetarlos, sino que se debe convertir ese postulado en un respeto tangible de la población civil dentro del conflicto bélico, sea internacional o al interior del país, por lo tanto, estos elementos de *jus in bello* determinarán también la responsabilidad del Estado frente a esos civiles afectados por la confrontación y afectará también la responsabilidad del otro Estado, o del grupo armado en confrontación interna, porque de existir el reconocimiento de conflicto armado interno, como lo expondré más adelante, el traslado de responsabilidad será evidente, atendiendo la teoría de la responsabilidad de Jules Coleman expuesta en numerales que anteceden.

Concluyo este capítulo acerca de la guerra proponiendo un test para definir si los hechos objeto de un juicio de responsabilidad son o no actos de guerra, así:

²⁰⁴BELLAMY, Alex J. *Guerras Justas de Cicerón a Iraq*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 91, 92, 93, 94, 95 y 96

1. ¿El hecho objeto del análisis de responsabilidad afectó sólo a combatientes?
2. ¿El hecho objeto de análisis de responsabilidad afectó sólo bienes inmuebles, vehículos y, en general, cosas de servicio militar dentro del conflicto pertenecientes al ejército o grupo armado contrario?
3. ¿Para efectos de la confrontación los hechos objeto de análisis de responsabilidad fueron cometidos utilizando armas convencionales que no generan destrucción masiva y homicidas?
4. ¿El hecho objeto de análisis de responsabilidad se ejecutó en territorio de conflicto sin involucrar territorio ocupado por población civil ajen a la confrontación?

Si todas las respuestas son afirmativas estaremos frente a una responsabilidad pública de la Nación, en virtud de lo establecido en el artículo 217 de la Constitución Política de Colombia, por los hechos de la guerra o del conflicto armado interno y, por lo tanto, la responsabilidad del Estado frente a la población civil será total por cualquier hecho y frente a los miembros de la fuerza pública si existieron errores o fallas en los procedimientos de ejecución de los procedimientos de operaciones militares que generan la responsabilidad por esta circunstancia y no por la acción del enemigo.

2.7.2. **Terrorismo:**

Terrorista “*Es la persona que practica o es partidaria del terrorismo. Terrorismo es la dominación por el terror*”²⁰⁵.

El tema aquí se torna más complejo porque muy pocos se han dado a la tarea de definir que es el terrorismo.

El código penal de Estados Unidos establece que se constituye en acto terrorista: “a) un

²⁰⁵ REAL Academia Española, Diccionario de la lengua española, Madrid, Espasa Calpe, XXI edición, 1992, p. 1969

acto violento o peligroso para la vida humana que constituye una violación del derecho penal de Estados Unidos o cualquier Estado, o que sería una violación criminal si se hubiese cometido dentro de la jurisdicción de Estados Unidos o de cualquier estado; y b) parece tener el propósito de: 1) intimidar o coaccionar a la población civil, 2) influir en la política de un gobierno por medio de la intimidación o la coerción; o 3) afectar la conducta de un gobierno por medio del asesinato o el secuestro” (United States Code Congressional and Administrative News, 98th Congreso, Second Session, 1984, 19 de octubre, volumen 2, parr. 3.077, 98 STAT. 2707)²⁰⁶

El mismo tratadista de la cita anterior, Noam Chomsky, trae la definición de terrorismo utilizada en un manual del Ejército de Estados Unidos: *“El uso calculado de la violencia o de la amenaza de violencia para obtener objetivos que son de naturaleza política, religiosa o ideológica. Esto se hace por medio de la intimidación, la coerción o infundiendo miedo”*.²⁰⁷

El Reino Unido, por su parte, concibe el terrorismo como *“el modo de utilizar gravemente la violencia, o amenazar con recurrir a ella, contra cualquier persona o propiedad con el propósito de avanzar en la consecución de sus objetivos políticos, religiosos o ideológicos”*²⁰⁸

Para Francois Heisbourg el terrorismo y la guerra tienen sustanciales diferencias. En el terrorismo priman los ataques a los simbolismos, ya de la libertad, de la cultura occidental o de la democracia, se atacan las imágenes para causar terror²⁰⁹. En la guerra se ataca la estructura militar o de abastecimientos del enemigo.

Otra tratadista y estudiosa del tema es Jessica Stern, quien al referirse al terrorismo lo

²⁰⁶ CHOMSKY, Noam, Piratas y emperadores, terrorismo internacional en el mundo de hoy, Barcelona, Ediciones B, 2003, p. 163

²⁰⁷ CHOMSKY, Noam, Piratas y emperadores, terrorismo internacional en el mundo de hoy, Barcelona, Ediciones B, 2003, p. 163

²⁰⁸ TOWNSHEND, Charles, Terrorismo, una breve introducción, Madrid, Alianza editorial, 2008, p.13

²⁰⁹ HEISBOURG Francois, El hiperterrorismo, la nueva guerra, Espasa Calpe, Bogotá, 2002, p. 48

conceptúa como “el uso sistemático de la intimidación coercitiva generalmente al servicio de objetivos políticos. El terror es utilizado para crear y recrear un clima de miedo en una amplia comunidad definida como blanco, más que en las víctimas directas de la violencia y para publicitar una causa así como presionar para que se acceda a los objetivos de los terroristas”²¹⁰

Para Townshend se puede distinguir la guerra del terrorismo “diciendo que aquella la libran los países, mientras que el terrorismo es el recurso de los más débiles para enfrentarse a los estados de forma abierta. [...] Cumplen así la teoría de Clausewitz de que la guerra debe consistir en la ‘colisión entre dos fuerzas activas’, y no ‘la acción de una fuerza activa sobre una maza inerte’. En otras palabras, el proceso que define la guerra es el combate. Por el contrario, la esencia del terrorismo reside claramente en la negación del combate, porque los ataques contra sus objetivos se perpetran de modo tal que inhiben la autodefensa (o, mejor dicho, la impiden). Por supuesto, lo que distingue al terrorismo en la mente de las personas es su disposición a atentar no sólo sobre objetivos previamente marcados, sino sobre otros elegidos de forma aleatoria; así una explosión indiscriminada en una céntrica calle, un centro comercial o un bar, supone una desobediencia deliberada al derecho internacional de guerra, así como una negativa a aceptar como vinculantes las distinciones morales que imperan entre beligerantes y neutrales, combatientes y no combatientes, contra los cuales la violencia es ‘perpetrada’ y no ‘llevada a cabo’”²¹¹.

La doctrina española también ha estudiado el tema y, a través de Fernando Reinares, ha sostenido que “Precisamente cuando una acción de violencia genera efectos psíquicos desproporcionados respecto a sus consecuencias materiales adquiere peculiaridades propias de lo que se denomina terrorismo. En concreto, la intención de suscitar reacciones emocionales tales como ansiedad, incertidumbre o amedrentamiento entre quienes forman parte de un determinado agregado de la población, de manera que resulte factible condicionar sus actitudes y dirigir sus comportamientos en una dirección determinada,

²¹⁰ STERN Jessica, *The ultimate Terrorist*, Cambridge, Harvard university press, 1999, p.10, cit. por Eduardo Pizarro Leongómez y otros, *Terrorismo y Seguridad*, Bogotá, Planeta Semana, 2003, p.34

²¹¹ TOWNSHEND, Charles, *Terrorismo, una breve introducción*, Madrid, Alianza editorial, 2008, p.19 y 20

*prima en los actos terroristas sobre el deseo de causar daños tangibles a personas o cosas. [...] Distintos estudios han revelado que las víctimas del terrorismo corresponden, por lo común, a lo que cabe denominar blancos de oportunidad, objetivos vulnerables y en estado de relativa indefensión, que raramente coinciden con los destinatarios últimos de la violencia*²¹². Esta es una de las mas acertadas definiciones conceptuales y contextuales del terrorismo, porque es evidente que las víctimas de los atentados o ataques terroristas son los no combatientes y que, al involucrarlos a través de estos actos, se generan los sentimientos generalizados de ansiedad, incertidumbre y amedrentamiento, zozobra generalizada en la sociedad que produce el efecto de que esta presione a la autoridad política para buscar soluciones para el grupo terrorista.

Las apreciaciones del Reinares son ratificadas por el tratadista australiano Alex J. Bellamy, quien sostiene, acogiendo lo expuesto por Tony Coady, que definió el terrorismo “*como el ataque deliberado a no combatientes con fines políticos. Es éste el carácter que, a mi entender, diferencia al terrorismo de otros tipos de violencia en los debates normativos contemporáneos*”²¹³, incorporación del elemento político que se debatirá más adelante en el caso colombiano.

Para el mismo autor el uso de la palabra terrorismo está encaminado a deslegitimar acciones políticas violentas, encontrando cuatro características del terrorismo que lo hacen inmoral y, en mi sentir, ilegal y desproporcionado: “*i) El terrorismo tiene motivaciones políticas; ii) lo llevan a cabo actores no estatales; iii) Ataca a no combatientes deliberadamente; iv) Logra sus objetivos generando miedo en la sociedad*”²¹⁴. Tendría que complementarse la primera característica, porque las motivaciones pueden ser religiosas, étnicas, económicas (narcotráfico) etc. pero es indiscutible que, para efectos de la determinación de la responsabilidad, lo ejecutan actores no estatales, el ataque se dirige contra no combatientes y logra sus objetivos generando miedo en la sociedad.

²¹² REINARES, Fernando, Terrorismo y antiterrorismo, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998, p. 15, 16 y 17

²¹³ BELLAMY, Alex J. Guerras Justas de Cicerón a Iraq, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 211

²¹⁴ BELLAMY, Alex J. Guerras Justas de Cicerón a Iraq, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 213

En el ámbito colombiano se tienen varias fuentes para tratar de precisar el concepto de terrorismo. El Código Penal, ley 599 de 2000, tipifica la conducta de la siguiente manera: *“El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos, o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en...”*²¹⁵

Se estructura el presupuesto fáctico de la siguiente manera: i) *Provocar o mantener en estado de zozobra*²¹⁶ *o terror*²¹⁷; ii) *A la población o parte de ella, es decir, a una pluralidad de personas*; iii) *Mediante actos en que se utilicen medios capaces de causar estragos*; iv) *Que los medios utilizados y los actos ejecutados pongan en peligro la vida, la integridad física y la libertad de las personas. Así mismo que pongan en peligro o afecten la integridad de las edificaciones, los medios de comunicación, de transporte (terrestre, aéreo, etc.), procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices.*

Con relación al tipo penal ha expuesto la Honorable Corte Suprema de Justicia: *“... El acto terrorista puede ser realizado con dolo indirecto o eventual, y este se deduce del medio utilizado, del lugar en que se ejecuta el hecho, y de la indiferencia del autor no obstante que es claro, ostensible y evidente, que con esa conducta se generará una situación de terror, zozobra y alarma colectiva... Valga la oportunidad para aclarar, que el interés jurídico que se pretende proteger con el tipo penal del terrorismo y los demás relacionados con él, es la seguridad pública, de modo que no se trata de un delito político, o que deba perseguir fines de esa clase, pues bien puede darse por razones religiosas o raciales, o como enfrentamiento entre la delincuencia común, o simplemente por crear anarquía y desorden. Así las cosas, es posible que con un acto terrorista se persiga atacar a una*

²¹⁵ LEY 599 de 2000, artículo 343

²¹⁶ REAL academia española, Diccionario de la lengua española, Madrid, Espasa Calpe, XXI edición, 1992, p. 2130 “Inquietud, aflicción y congoja del ánimo, que no deja sosegar, o por el riesgo que amenaza o por el mal que ya se padece”

²¹⁷ REAL academia española, Diccionario de la lengua española, Madrid, Espasa Calpe, XXI edición, 1992, p. 1969 “Miedo muy intenso”.

*determinada persona, familia o entidad, sin que por eso el hecho pierda esa especial connotación; o dicho de otra manera, una acción realizada con un fin particular puede llevar implícito el carácter terrorista”*²¹⁸

El fallo de la corte tiene una connotación importante para el análisis que se pretende, porque excluye el terrorismo del delito político. Así las cosas, toda conducta que tenga esa finalidad, incluso el homicidio con fines terroristas, queda sometida a los tipos penales comunes u ordinarios y, en cuanto al análisis de responsabilidad se excluire con fines económicos las del actor o ejecutor del acto y se imputará esta al Estado, Nación o a la Administración Pública si incumplieron la obligación de protección establecida en el artículo 2 del ordenamiento constitucional como fin esencial del Estado.

El mismo código consagra otro tipo penal relacionado con el terrorismo, en el artículo 144, de la siguiente manera: “*El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea **aterrorizarla**, incurrirá...*”

Se estructura el presupuesto fáctico de la siguiente manera: i) *Implica, como requisito fundamental, la existencia del conflicto armado interno;* ii) *Que con ocasión y en desarrollo de ese conflicto armado interno realice u ordene la ejecución de ataques indiscriminados o excesivos;* iii) *Que haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas cuya finalidad sea causar terror en ella.*

Como quiera que el tipo penal exige el reconocimiento de la calificación de conflicto armado interno por parte del Estado o de un organismo internacional, este tipo penal queda supeditado a se configure o consolide tal calificación. No obstante, declarada la calificación, los ataques indiscriminados o excesivos que comprometan a la población civil

²¹⁸ CORTE Suprema de Justicia, sala de casación penal, auto de diciembre 14 de 1994, radicación No. 9897, M.P. Ricardo Calvete Rangel, Bogotá, 1994.

se tratarán como actos terroristas.

En la doctrina Nacional se encuentra lo expuesto por el doctor Plinio Apuleyo Mendoza, quien define el terrorismo de la siguiente manera: *“Es la de servirse del terror para imponer en una sociedad determinada sus objetivos y concepciones, sean ellas nacionalistas, políticas o religiosas, o para castigar a quienes no las compartan o se oponen a ellas”*²¹⁹

El tratadista citado, al igual que Eduardo Pizarro Leongómez, encuentran el terrorismo como una forma de lucha. Es decir, la utilización del terrorismo como método para conseguir el objetivo político. Pizarro al expone: *“Desde esta perspectiva un acto terrorista es concebido, ante todo, como un método que puede ser utilizado tanto por grupos propiamente terroristas (es decir, quienes realizan acciones terroristas de manera sistemática), como por organizaciones armadas no terroristas (quienes solo incurren en estas acciones de manera esporádica)”*²²⁰

Esto puede generar confusión con el delito político, por lo tanto no comparto tal posición. Acojo sí la tesis judicial en el sentido de sentar que el terrorismo no es delito político.

Militarmente se ha definido la organización terrorista como: *“... una organización delincencial clandestina, conformada por individuos de diferentes clases sociales con mayor o menor grado de cultura que, basada en la movilidad, la sorpresa, la acción rápida y violenta, pretende alcanzar un desarrollo que le permita conformar un grupo armado, para poder conducir un conflicto a través del cual se llegue al cumplimiento de los objetivos que se haya impuesto”*²²¹

Se puede concluir que el terrorismo es el uso programático, reiterado y sistemático de la

²¹⁹ APULEYO Mendoza Plinio y otros, Terrorismo y Seguridad, Bogotá, Planeta Semana, 2003, p. 202

²²⁰ PIZARRO Leongómez Eduardo y otros, Terrorismo y Seguridad, Bogotá, Planeta Semana, 2003, p. 35

²²¹ FUERZAS Militares de Colombia, reglamento de operaciones en combate irregular, Primera edición, Bogotá, Imprenta y publicaciones de las Fuerzas Militares, 1999, p21

intimidación coercitiva con el fin de mantener en estado de zozobra y terror a la población o parte de ella, mediante actos en los que se utilicen medios capaces de causar estragos, poniendo en peligro la vida, la integridad física y la libertad de las personas y en peligro o afectación la integridad de las edificaciones, los medios de comunicación, de transporte (terrestre, aéreo, etc.), procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, alterando la seguridad pública.

La conducta debe ser programática, obedeciendo a unos objetivos precisos de la organización. El estallido de un petardo o una granada, con fines de asustar a una persona con fines “amorosos” o para perseguir el cobro de una deuda, no son actos terroristas. Debe ser reiterada y sistemática, es decir, obedecer a un patrón secuencial, mermado el terror, la zozobra, ejecuta otro acto para realzarlo, correspondiendo a un sistema de intimidación preconcebido.

Ahora surge un problema adicional, ¿Cómo se clasifica el terrorismo? ¿Cuándo una conducta es terrorista y cuando no?

En su momento propuse el test para determinar si el hecho objeto del análisis de responsabilidad es acto de guerra, ahora propongo un test, o varios criterios para determinar si la conducta es o no terrorista:

1. Criterio objetivo: Consiste en hacer la adecuación típica de la conducta frente a la norma penal que determina el delito como tal. Consiste en un análisis de los presupuestos de hecho de la conducta desplegada frente a los presupuestos fácticos de la ley, para luego determinar la consecuencia jurídica.
2. Criterio Subjetivo con relación a la víctima: Consiste esta en que se determina si el acto es terrorista a partir del destinatario del hecho. En este sentido se establece que si la víctima del hecho es un miembro de la fuerza pública, un bien inmueble instalación militar o bienes muebles de servicio de las fuerzas militares, el acto es

un hecho de guerra y no un acto terrorista. Por el contrario, si el acto involucra a civiles, miembros o no del aparato estatal, la conducta es terrorista, porque esta causará zozobra y terror en la población o en una fracción de ella. Por ejemplo en la toma de la base de las “Delicias”, bajo esta tesis, podría asumirse como un acto de guerra, no de terrorismo, porque las víctimas fueron miembros de la fuerza pública, no civiles. Por el contrario, el atentado contra el club “El Nogal” es evidentemente un acto terrorista porque las víctimas son civiles. Esta tesis es similar a la que expone el Secretario General de la Naciones Unidas, Kofi Annan, definición elaborada por el mismo grupo de expertos que trabaja en el borrador de reforma a la Carta de la ONU: *“cualquier acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”*²²².

3. Criterio material, con relación a lo medios que se emplean para ejecutar el hecho: Consiste esta en calificar el hecho por los medios que se utilizan para cometerlo, esto es, si se utilizan cargas explosivas y armas no convencionales (cilindros bomba, minas quiebrapatatas convencionales o no, etc.) para lograr la finalidad esperada. Bajo esta tesis si con estos medios se produce el efecto de zozobra y terror en la población o parte de ella, el acto es terrorista, sin importar el destinatario del hecho. Si los medios utilizados son vehículos cargados de explosivos, secuestro de aviones, etc. el hecho se considera como acto terrorista.
4. Criterio *ratione loci*, según el lugar objeto del ataque, o criterio simbólico: Consiste esta en calificar el hecho por las características simbólicas del bien objeto del ataque. Por ejemplo el atentado contra la Escuela Superior de Guerra, que, no obstante no dejar víctimas fatales, creo zozobra y terror en una fracción de la población, siendo esa unidad un inmueble militar. El secuestro masivo de los

²²² ANNAN Kofi, cumbre de Madrid sobre Democracia, Terrorismo y Seguridad, Madrid, marzo de 2005

diputados del Valle, la iglesia de la María en Cali y el edificio de Miraflores en Neiva, en donde no se utilizaron explosivos, ni armas no convencionales, pero se dejó la sensación de zozobra y terror en la población o en una fracción de ella. El ejemplo clásico de esta tesis es el atentado del 11 de septiembre contra las Torres Gemelas en Nueva York, que representaban el poderío occidental, fue un objetivo simbólico que, además, produjo un efecto de zozobra mundial y que dejó como saldo la muerte de miles de personas.

Los antecedentes del acto terrorista por su destinatario se encuentran en el homicidio político, allí, aunque el hecho está destinado a eliminar a una persona específica, sin pretender lesionar a otros, el impacto que causa genera zozobra y terror. El caso más aberrante de esa tipología terrorista fue el asesinato del Dr. Luis Carlos Galán Sarmiento.

No obstante lo anterior, en los casos en que sólo se comprometan miembros de las fuerza pública e instalaciones o bienes de las mismas, el delito podría enmarcarse dentro de los delitos políticos, siempre y cuando no compromete a la población civil y no concurren con él otros delitos y se encuadre dentro de un conflicto armado interno previamente calificado por el Estado.

Con relación al terrorismo queda por definir su relación con la guerrilla, sostiene al respecto el tratadista australiano Alex J. Bellamy: *“Es importante que no relevemos a los actores no estatales de su responsabilidad de cumplir con los criterios del jus ad bellum. Los actores no estatales que participan en acciones violentas deben demostrar que ejercen una autoridad legítima. Existen tres pruebas para ello. Primero los actores no estatales deben demostrar que gozan de un alto grado de apoyo dentro de una comunidad política fácilmente identificable. Segundo, deben demostrar que sus seguidores comporten sus aspiraciones políticas y apoyan la estrategia de la violencia. Finalmente, deben pasar una prueba instrumental demostrando que son capaces de controlar a sus miembros y de realizar y mantener acuerdos con otros. Si cumple con estos tres criterios, un actor no estatal puede reclamar que se le considere una autoridad legítima. Sin embargo, antes de*

elegir la violencia, todavía debe cumplir con los otros criterios del jus ad bellum”²²³. Considero que estos aspectos están relacionados con el concepto de guerrilla, es decir, con el grupo armado al margen de la ley que pretende acceder al poder por medio de la fuerza. Como lo expone Bellamy debe cumplir además con los otros requisitos del jus ad bellum, esto es, que se alcen en armas para buscar el bien común, no *el engrandecimiento personal, ni por el odio al enemigo*; que se inicie la confrontación como consecuencia de una justa causa, *que suele limitarse a la autodefensa, la defensa de otros, la defensa de los derechos y el castigo de los infractores*, o el derrocamiento de un régimen tiránico y opresor; que los fines sean proporcionales al alzamiento armado; y por último que presentado el alzamiento y la confrontación se cumpla el jus in bello.

Por guerrillero se entiende la persona que sirve a la guerrilla, y por esta se entiende que es una *“Partida de paisanos, por lo común no muy numerosa, que al mando de un jefe particular y con poca o ninguna dependencia de los ejércitos, acosa y molesta al enemigo”*²²⁴.

La guerrilla surgió como una respuesta civil contra los ejércitos regulares que intervienen en una guerra. Por ejemplo, la resistencia francesa e italiana, ante la invasión del ejército alemán, se constituyó mediante organizaciones guerrilleras.

Para el caso colombiano, como se expuso anteriormente, la guerrilla nació como organización de resistencia ante los ataques de uno u otro grupo político, liberal o conservador. A partir de 1949, teniendo como escenario el ámbito internacional de proliferación del comunismo, este aprovechó la favorable situación interna de violencia del país para destacar emisarios con el fin de organizar la guerrilla con un sentido moderno, así lo expone monseñor Guzmán Campos: *“En Viotá, Cundinamarca, funcionaba la escuela de cuadros, donde muchos jefes guerrilleros recibieron entrenamiento militar. Allí se practicaba ya la táctica de autodefensa. Por eso los camaradas alegan la paternidad de la guerrilla. ‘Nuestro partido entró en contacto con representantes de diversos destacamentos guerrilleros, constituyendo una junta nacional de coordinación, que organizó múltiples formas de ayuda a los combatientes populares. En 1952 nuestro partido*

²²³BELLAMY, Alex J. Guerras Justas de Cicerón a Iraq, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 215

²²⁴REAL Academia Española, Diccionario de la lengua española, Espasa Calpe, XXI edición, Madrid, 1992, p. 1072

colaboró decisivamente en la preparación y realización de la conferencia nacional de guerrilleros, conocida después como la conferencia de Boyacá, que reunió delegados de la mayoría de las guerrillas... el 14° pleno del comité central recomienda hablar a los guerrilleros con toda franqueza y lealtad esforzándonos por educarlos políticamente, mostrándoles que están librado una lucha prolongada de grandes proyecciones para el futuro, cuando (esa lucha) se cambie por un movimiento revolucionario de masas' (Comité central de partido comunista de Colombia, 30 años de lucha del partido comunista de Colombia, Bogotá, 1960, p. 96)"²²⁵

Los comunistas entendían la guerrilla como la asociación voluntaria de hombres y mujeres con el fin altruista de luchar por la liberación nacional y la igualdad social del pueblo. Valga decir, enmarcados dentro del delito político, porque, en últimas, su fin era eminentemente social, no de otra índole.

Las guerrillas, entendidas así, buscaban el respaldo popular con programas comunistas de gobierno. Sus postulados de Estado intervencionista y protector tenían resonancia en los oídos de muchas personas y acogida de las mismas que, en muchos casos, les brindaron apoyo de toda índole. El guerrillero era un soñador de un Estado ideal, de la organización que brinda a sus asociados educación, salud, vivienda y trabajo, a todos por igual.

Militarmente se concibe la guerrilla como una organización subversiva, jerarquizada, con elementos clandestinos y abiertos, cuyo objetivo es la toma del poder.

En últimas puedo concluir que por guerrilla se entiende el grupo integrado por mujeres y hombres, incorporados a ella voluntariamente, cuyo fin es el de resistir o derrocar al gobierno existente y modificar total, parcial, definitiva o temporalmente el orden constitucional y legal vigente *inspirados en un ideal de justicia y de bien común*. Digamos que es sinónimo de rebelde y subversivo, a los que se les puede dar la misma connotación. El guerrillero es el delincuente político por naturaleza, que para alzarse en armas cumple con los requisitos del jus ad bellum y ya alzado en ellas, aplica dentro del conflicto las normas del jus in bello.

²²⁵ GUZMÁN Campo Germán, La violencia en Colombia, tomo I, Bogotá, Carlos Valencia Editores, 1986, p.157

El concepto antes expuesto es importante para entender la responsabilidad del Estado frente a los miembros de la fuerza pública dentro de una confrontación armada, sea con terroristas o con guerrilleros, pues la calificación de uno u otro va a modificar la responsabilidad.

El otro concepto que se debe definir y aclarar es el de Combatiente, por el cual se debe entenderse cada uno de los soldados que componen un ejército. Es decir, a la luz del derecho internacional humanitario, adquiere el rango de tal, *la persona que participa activamente en el combate, usando armas, en defensa o representación de uno de los Estados en discordia o cuando se ha reconocido la existencia de un conflicto armado interno.*

Quiere decir lo anterior que los combatientes serán los miembros integrantes de los ejércitos regulares cuando la disputa se da entre dos o más estados. Así mismo, *adquiere la condición de tal si, ante la existencia de un conflicto armado interno reconocido así por el propio estado en donde se desarrolla, pertenece al ejército o fuerzas armadas constitucionales o regulares, o a la fracción armada que participa en aras de acceder al poder o modificar parcial, total, temporal o definitivamente el orden Constitucional y legal vigente.*

Visto lo anterior, en el último caso, el combatiente estaría ligado estrictamente al delito político, excluyendo cualquier otra clase de conducta, como el terrorismo. Siendo así las cosas, para considerar que una persona de un grupo armado al margen de la ley es combatiente, debe verificarse si ese grupo cumple o no los requisitos exigidos por los convenios de Ginebra con relación al conflicto armado interno. No basta, repito, que se alce en armas, debe ejecutar única y exclusivamente acciones de guerra enmarcadas dentro de los delitos políticos, de lo contrario, si sus acciones desbordan esta clase de actuaciones, no serán más que delincuentes comunes o, en su defecto, terroristas, según la acción desplegada.

La legislación internacional, convenios de Ginebra y el protocolo adicional II incluyeron el

tema del conflicto armado interno. En cuanto a los primeros hace relación a que no debe ser un conflicto entre Estados, ni contra el dominio colonial, la ocupación extranjera o dominación racista.

Para efectos del segundo, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos a saber: i) *No debe tratarse de un conflicto entre estados, es decir debe desarrollarse dentro del territorio del Estado y que este sea parte contratante del convenio y sus protocolos*, ii) *Exige que la confrontación se presente entre las Fuerzas Armadas Constitucionales y las Fuerzas Armadas Disidentes, o entre las Fuerzas Armadas Constitucionales y grupos armados organizados, siempre que estos últimos cumplan las siguientes condiciones objetivas: a) Que actúen bajo la dirección de un mando responsable; b) Que ejerzan control sobre una parte del territorio; c) Que sobre ese territorio que controlan puedan ejercer operaciones militares sostenidas y concertadas; d) Que en ese territorio apliquen, de suyo, el protocolo II adicional.*²²⁶

Lo expuesto en el protocolo reafirma la tesis de la Corte Constitucional al establecer que los delitos políticos son cometidos, por lo general, por los miembros de la fuerza pública regular o constitucional que se alzan en armas para subvertir el orden constitucional y legal vigente.

¿Existen otras personas a las que se les puede dar la condición de combatientes? Si analizamos el artículo 4 del convenio de Ginebra podemos concluir que sí. En el mencionado artículo se hace referencia a las siguientes personas: i) *Los miembros de las fuerzas armadas regulares y disidentes; ii) Los miembros de las milicias y voluntarios que formen parte de estas fuerzas; iii) Miembros de resistencia organizada que cumplan los siguientes requisitos: a) Estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) Tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) Llevar las armas*

²²⁶ Protocolo adicional II al convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado el 8 de junio de 1977, artículo 1

a la vista; d) *Dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.*²²⁷ iv) *Población civil de un territorio no ocupado que se alza en armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo de constituirse en fuerzas armadas regulares.*

Como se puede apreciar, en todos los casos, se exige el porte de armamento para considerarse combatiente, además del cumplimiento de los otros requisitos de conflicto armado interno y, por lo tanto, ser sujeto de la aplicación de los convenios de Ginebra y sus protocolos.

El Consejo de Estado también ha reconocido la existencia del conflicto armado interno, con el siguiente tenor literal: *“De acuerdo con el Convenio IV de Ginebra son aplicables en este tipo de eventos, y dentro del concepto de conflicto armado interno el artículo 3 común, ya que tratándose de conflictos no internacionales el Estado parte está llamado a aplicar “como mínimo” los siguientes criterios: “[...] 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades (...) y las personas puestas fuera de combate por (...) detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios.[...]” [subrayado fuera de texto]. 45.2 Luego, tratándose de situaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales [artículo 2, especialmente, de la Carta Política] y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en especial los siguientes mandatos positivos: i) es aplicable a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados*

²²⁷ Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, artículo 4

organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” [artículo 1]; ii) será aplicable “a todas las personas afectadas por un conflicto armado” [artículo 2]; iii) la invocación de este Protocolo, en los términos del artículo 3.1, no puede hacerse con el objeto de “menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos” [respeto del principio de soberanía en sus dimensiones positiva y negativa]; iv) como garantía fundamental se establece que todas “las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor (...) Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes” [artículo 4.1]; y, v) se prohíben los “atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (...) o toda forma de pena corporal” [artículo 4.2]. 45.3 De otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y considerados singularmente dichos derechos, se tiene que cuando “un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria”. Dicha protección tiene su base en los derechos constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, y los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos - artículos 1, 4.1., 4.2, 5.1, 5.2, 8 y 25 [que fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 16 de 1972]”²²⁸

En conclusión, el combatiente es el miembro armado de las Fuerzas Armadas

²²⁸ CONSEJO de Estado, Sección Tercera, subsección C, expediente 45.433, sentencia del 3 de diciembre de 2014, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Constitucionales, disidentes o del grupo armado organizado o resistencia armada organizada que actúa bajo un mando responsable, que ejerce control territorial y adelanta operaciones militares sostenidas y concertadas, para mantener el gobierno y el orden constitucional o legal vigente o que pretende acceder al poder y modificar total, parcial, definitiva o temporalmente el orden constitucional y legal vigente.

La existencia del conflicto armado interno produce como consecuencia el desplazamiento de la responsabilidad de reparar en cabeza del grupo armado insurgente que produjo el daño, desplazamiento que se deja ver en providencia del Consejo de Estado, en la que se expuso: *“**REMÍTASE** la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si hay lugar a reabrir y continuar la investigación contra la organización insurgente ELN y los miembros que hayan participado en la comisión de presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas contra la víctima del presente asunto, y consistentes en: a) violación del derecho a la vida, b) violación del derecho a la integridad personal, c) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, d) uso de armas no convencionales, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos ocurridos el 6 de octubre de 1997 en el municipio de Teorama – Norte de Santander; **EXHÓRTESE** a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Ejército Nacional a revisar los resultados de la investigación penal adelantada por la muerte de Rigoberto Quintero Montejo, la cual se hallaba en la Fiscalía Delegada ante Jueces Penales del Circuito Especializado - Radicado N° 13081, para verificar que en ella se alcancen los fines de verdad, justicia y reparación en la que se inspira la Carta Política, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en la eficacia y plenitud de las garantías judiciales que exigen la investigación razonable e integral de los hechos en los que se produzcan violaciones a los derechos humanos, como forma de aplicación a los artículos 29 y 93 de la Carta Política y 1.1, 2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos”*²²⁹

²²⁹ CONSEJO de Estado, Sección Tercera, subsección C, expediente 29.129, sentencia de diciembre de 2014, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa

3. Control de convencionalidad, nueva forma de determinar la responsabilidad del Estado. Implicaciones.

En acápites previos, se ha indicado con gran precisión sobre conceptos y teorías necesarias para la existencia de la responsabilidad del Estado y su funcionamiento, así como la teoría general de las políticas públicas. Sin embargo, existe otro tema fundamental y trascendental para entender la responsabilidad del Estado frente a vulneraciones de derechos humanos de las personas en Colombia, incluyendo dentro de ellas a los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en su condición de servidores públicos y, más que eso, en su condición de ciudadanos, de seres humanos, siendo este el ‘Control de Convencionalidad’, cuyo manejo y acomodación frente al derecho administrativo actual cuenta con gran acogida por la mayoría de países en su lucha por combatir las vulneraciones históricas y aberrantes de los derechos humanos, evitando que tales hechos queden en la impunidad resguardando al Estado bajo presupuestos jurídicos obsoletos manejados dentro de su ordenamiento interno para excusar su actividad negligente.

Para el caso colombiano el control de convencionalidad se establece como una obligación constitucional a través de lo establecido por el constituyente primario de 1991 en el artículo 93, con el siguiente tenor literal: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*. En este artículo se da relevancia, por encima del orden interno, a los tratados celebrados por Colombia, ratificados por el Congreso de la República, que garanticen los derechos humanos. Sostiene el Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Consejero de Estado, que tal prerrogativa de preferencia se debe dar, no sólo en el ámbito jurisdiccional por vía judicial, sino que también se debe aplicar por parte de los funcionarios públicos a través de los actos administrativos²³⁰.

²³⁰ www.consejodeestado.gov.co Link conferencias

Dándole una acogida a lo planteado por diferentes autores²³¹, la responsabilidad de un Estado se ha venido evaluando por la existencia de una obligación previa o preexistente y la transgresión de esa obligación, bien sea por acción o por omisión. Entendiéndose que la responsabilidad estatal es un principio general del derecho internacional, que parte del presupuesto del incumplimiento de una obligación internacional, para llegar a la consiguiente obligación de reparar el daño.²³² Ello supone la existencia de tres factores o elementos que la caracterizan: “i) *Existencia de acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma de derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el perjudicado por dicho acto u omisión; ii) el acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica y iii) debe haberse producido un perjuicio o un daño como consecuencia del acto ilícito*”²³³. Sin embargo, para que pueda hablarse de la responsabilidad del Estado no es necesaria la existencia de un daño, debido a que el simple incumplimiento de una obligación internacional, declina en un hecho ilícito internacional²³⁴, rompiendo con la estructura de la ecuación de responsabilidad que hemos venido desarrollando en los numerales anteriores.

Tradicionalmente se ha mirado el hecho ilícito a través de dos factores, el **objetivo**, consistente en la violación o quebrantamiento de una obligación internacional y, el

²³¹ AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, Najman Alexander. La Responsabilidad Internacional de los Estados por Actos Ilícitos, Crímenes Internacionales y Daños Transfronterizos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XII, 2012, p.3-23, México D.F., Pág. 6

²³² CIDH: Caso Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 97.C.i, ii y iii: En dicho aparte y subsiguientes, se refiere a la Comisión de Derecho Internacional de la ONU y el derecho internacional consuetudinario, artículos 2 y 4 de donde se desprende los dos presupuestos mencionados para la configuración de responsabilidad de un Estado.

Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 63.1: deber de reparar. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

²³³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, El derecho internacional contemporáneo. Pág. 317 y 318. Cit. por REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Margarita. Medidas provisionales y cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2008, pág. 169

²³⁴ REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Margarita. Control de Convencionalidad de las leyes y de la Jurisprudencia y Derechos Humanos, obra inédita, pág. 172 y ss.

subjetivo, basado en un comportamiento concreto atribuible al Estado²³⁵.

Dicho incumplimiento puede ser por **acción**, la cual se presenta cuando son los agentes estatales quienes actúan directamente, por medio de: i) *personas u órganos que ejercen funciones legislativas, ejecutivas o judiciales*; ii) *personas que no siendo parte de órganos estatales, actúan o ejercen funciones públicas con el consentimiento del Estado aunque exceda sus competencias o contravenga sus instrucciones*²³⁶; además, iii) *la jurisprudencia y la costumbre internacional reconocen que no solo comete hechos ilícitos en nombre del Estado sus agentes, sino también los terceros que actúan con aquiescencia o tolerancia del mismo, esto es, bajo la dirección o control efectivo del Estado y ausencia o defecto de las autoridades públicas para evitar la transgresión de derechos humanos*²³⁷ y, por **omisión**, cuando el Estado no adopta los deberes de precaución o prevención contra riesgos reales e inminentes.

Frente a este último título de imputación incluido en el concepto de responsabilidad del Estado, es apremiante indicar lo manejado por la comunidad internacional históricamente. Uno de los primeros casos de condena por omisión es el de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) *Caso de los rehenes de Teherán contra el Estado Iraní*, cuyos hechos giran en torno a los ataques armados realizados el 4 de noviembre de 1979 por militantes musulmanes contra la embajada de los Estados Unidos. En este caso Irán se rehusó a reconocer responsabilidad internacional debido a que él no había creado el riesgo, ni tampoco eran agentes estatales los que habían actuado, sin embargo, la CIJ decide

²³⁵ GUIERREZ ESPADA, Cesáreo. El hecho ilícito internacional. Editorial Dykinson, Madrid, 2005

²³⁶ ONU: Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Resolución aprobada por asamblea general en el quincuagésimo sexto periodo de sesiones. A/RES/56/83. Anexo, artículos 4, 5, 6, y 7. Recurso en línea: <http://www.uib.cat/depart/dpu/dip/pdf/dip0607/responsabilidad.pdf>

²³⁷ ONU: Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Resolución aprobada por asamblea general en el quincuagésimo sexto periodo de sesiones. A/RES/56/83. Anexo, artículos 8 y 9. Recurso en línea: <http://www.uib.cat/depart/dpu/dip/pdf/dip0607/responsabilidad.pdf>

CIJ: Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua v. Estados Unidos de América. Sentencia de fondo del 27 de junio de 1982; Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia Caso Duško Tadić (“Prijedor”). Fallo de la Sala de Primera Instancia de 7 de mayo de 1997; CIDH: Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 113; Caso Valle Jaramillo vs. Colombia. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 77.

condenarlo porque Irán no adoptó todas las medidas posibles tendientes a evitar el daño o hacerlo cesar una vez iniciado, lo que conllevó al deber de reparar²³⁸. Nótese que en este caso estamos frente a la responsabilidad del Estado por un acto terrorista, debiendo afirmar que incide en la toma de la decisión de la responsabilidad del Estado las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolla en atentado terrorista.

Los primeros casos sobre responsabilidad internacional, como el mencionado, surgen frente a derechos de los extranjeros. Solo hasta finales del siglo XX los órganos encargados de velar por la protección y cumplimiento de los derechos humanos amplían la brecha para que sea aplicable sin pacto previo, sino simplemente en cumplimiento del deber de garantía del Estado frente a una persona sujeta a su jurisdicción²³⁹.

De esta manera, la nueva visión de responsabilidad del Estado se concreta frente a las personas a partir de los deberes adquiridos por los Estados miembros vinculados a la Organización de Estados Americanos, que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, surge entonces como función de un Estado Garante, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento²⁴⁰ la de i) “**respetar los derechos y libertades reconocidos en ella** [la Convención Americana], y ii) **garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social**”²⁴¹ y iii) “**adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de [esa] Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para**

²³⁸ CIJ: Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán. Fallo de 24 de mayo de 1980.

²³⁹ IBARRA PALAFOX, Francisco. Jurisprudencia sobre la responsabilidad internacional del Estado por omisión. Reflexiones a partir del caso de los homicidios y desapariciones de mujeres y niñas en ciudad Juárez, Chihuahua. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recurso en línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2455/11.pdf>

²⁴⁰ OEA: Pacto de San José. Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 1969

²⁴¹ CADH: Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

hacer efectivos tales derechos y libertades”²⁴²; esta última obligación es especialísima del sistema interamericano, pues el sistema europeo de derechos humanos carece de la misma frente a sus pronunciamientos²⁴³.

La doctrina en el ámbito de esta responsabilidad por control de convencionalidad distingue dos clases de obligaciones. Las obligaciones generales, que la doctrina las ha conocido como obligaciones primarias y, ante su eventual incumplimiento, surge una relación jurídica entre persona natural y Estado, consistente esta en el deber de reparar integralmente los daños causados por parte de este último, a esto se le conoce como obligaciones secundarias²⁴⁴.

De tales obligaciones generales, surgen a su vez cuatro específicas, i) la de prevenir, ii) investigar, iii) sancionar y iv) reparar; las cuales deberán ser tratadas no sin antes comprender en qué consiste y cómo se practica el ‘Control de Convencionalidad’.

3.1. El control de convencionalidad determinante para configurar la responsabilidad del estado.

El ‘Control de Convencionalidad’ es un mecanismo de construcción jurisprudencial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que surge con la misma Convención Americana, pero es utilizado con tal denominación por la Corte Interamericana en un asunto concreto solo hasta el año 2006 en el caso *Almonacid Arellano y otros contra*

²⁴² CADH: Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

CIDH: Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-gregor Poisot a la resolución de la corte interamericana de derechos humanos de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*, párr. 33

²⁴³ CIDH: Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-gregor Poisot a la resolución de la corte interamericana de derechos humanos de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman v. Uruguay*, párr. 44

²⁴⁴ REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela María. Medidas provisionales y cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2008, páginas 168 y ss.

Chile²⁴⁵. La Corte, en el mencionado caso, resaltó que según las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado, esto es, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, y el artículo 27²⁴⁶ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno conforme, no solo a tal Convención, sino también a los pronunciamientos que de él ha hecho su máxima intérprete, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que distintos doctrinantes llaman el '*acquis conventionel*'²⁴⁷.

La finalidad de este mecanismo en sede internacional es que mediante una sentencia se condene y ordene al Estado adecuar su ordenamiento jurídico interno, las prácticas judiciales, administrativas o de otra índole, en concordancia con lo acordado en la Convención Americana y los pronunciamientos realizados por la misma Corte frente a ese instrumento, en un caso concreto.

Sin embargo, el mecanismo no solo aparece desde la sentencia ya citada que es de ámbito judicial o jurisdiccional internacional, sino que tal control fue realizado a las actuaciones internas, incluyendo normas jurídicas, actos administrativos o judiciales²⁴⁸, para confrontarlas con la Convención y saber si están acordes a ella, es decir, se ha venido haciendo desde la Opinión Consultiva 4 de 1984, frente a leyes e incluso a la Constitución de un país²⁴⁹. Por esta razón podemos afirmar que el nacimiento de este mecanismo se

²⁴⁵ CIDH: Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 26 de septiembre de 2006, serie C No. 154, párr. 124-125

²⁴⁶ ONU: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969. Preámbulo: "(...) advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma "pacta sunt servanda" están universalmente reconocidos (...)"; artículo 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

²⁴⁷ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. La interpretación de los Derechos: Del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional. Madrid, 2008. Cit. por REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela Margarita. Control de Opinión Consultiva de las Leyes y de la Jurisprudencia y Derechos Humanos. Segunda edición, obra inédita.

²⁴⁸ CIDH: Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. "(...) La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado", párr. 27

²⁴⁹ CIDH: Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica, relacionada con la naturalización.

encuentra desde las opiniones consultivas, en las cuales la Corte se pronunció reiteradas veces mencionando la posibilidad de que a una norma jurídica se le pueda realizar un control de compatibilidad para evitar que vulnere la Convención Americana y otros tratados en materia de derechos humanos, como lo son el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, respecto de los artículos 13 y 8²⁵⁰ de acuerdo con el artículo 19.6 del mismo²⁵¹; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura respecto todas sus

²⁵⁰ OEA: Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado el 17 de noviembre de 1988. Artículo 8. Derechos Sindicales: 1. Los Estados partes garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente (...)

Artículo 13: Derecho a la educación: 1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales. 4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente. 5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.

²⁵¹ OEA: OEA: Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado el 17 de noviembre de 1988. Artículo 19.6: En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Comisión IDH: Informe No. 22/06. Petición 278-02. Admisibilidad caso Xavier Alejandro León Vega vs. Ecuador, informe de 2 de marzo de 2006.

disposiciones según el artículo 8²⁵²; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo III y XIII²⁵³ y la Convención de Belém do Pará, artículo 7²⁵⁴.

²⁵² OEA: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Artículo 8: Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente. Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal. Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado. Adoptada el 9 de diciembre de 1985 en Cartagena de Indias, Colombia.

CIDH: Caso Villagrán Morales (“niños de la calle”) vs. Guatemala, sentencia de fondo del 19 de noviembre de 1999, párr. 247-252; Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37. Párr. 136.

²⁵³ OEA: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994. Artículo III: Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona; Artículo XIII: Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.

CIDH: Caso Trujillo Oroza v. Bolivia, sentencia de reparaciones y costas del 27 de febrero de 2002, Serie C No. 92

²⁵⁴ OEA: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”. Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994. Artículo 7: Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y; h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

CIDH: Caso González y otras (“campo algodoner”) vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo,

La utilización de este mecanismo, surge bien: i) por realizar prácticas administrativas, judiciales o de otra índole o por la expedición *de actos ejecutivos, legislativos o judiciales (por acción), o ii) también por la omisión de adecuar su ordenamiento jurídico interno*²⁵⁵, esto es, en palabras de REY CANTOR, “*el Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno (expidiendo normas constitucionales, legales y reglamentarias, o derogándolas o modificándolas, o adecuando la jurisprudencia nacional a la jurisprudencia de la Corte, en cumplimiento de las obligaciones internacionales generales que nacen del artículo 2 de la Convención), para lo cual la Corte interamericana en sentencia le ordena al Estado adoptar medidas legislativas (Constitución, reforma[s] constitucional[es], ley[es], actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos*”²⁵⁶ o derogar, modificar o suspender prácticas que atenten contra derechos humanos reconocidos por la Convención Americana. (Negrillas fuera del texto).

Esa obligación general de adecuar el ordenamiento jurídico interno, (artículo 2), en palabras de la Corte, refiere que “*las disposiciones de derecho interno que sirvan [para garantizar los derechos humanos], han de ser efectivas (principio del effet utile), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido*”²⁵⁷. A su vez, “*la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*”²⁵⁸.

reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205

²⁵⁵ CIDH: Caso Gómez Palomino v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 22 de noviembre de 2005, serie C No. 136.

²⁵⁶ REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela Margarita. El Control de Convencionalidad de las Leyes y de la Jurisprudencia y Derechos Humanos, segunda edición, obra inédita, pág. 128 y 129.

²⁵⁷ CIDH: Caso Bulacio v. Argentina, sentencia fondo, reparaciones y costas, del 18 de septiembre de 2003, serie C No. 100, párr. 142

²⁵⁸ CIDH: Caso Zambrano Vélez y otros v. Ecuador, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 4 de julio

Tales obligaciones a la luz del control de convencionalidad han ido adaptándose por la Corte IDH, desde sus opiniones consultivas 5 de 1985²⁵⁹; 13 de 1993²⁶⁰; 14 de 1994²⁶¹, en esta última la Corte reitera que la primera en realizar el control de convencionalidad en el sistema interamericano será la Comisión IDH al momento de emitir una recomendación para un Estado parte en un caso concreto²⁶².

En casos contenciosos fallados por la Corte interamericana, anteriores al de *Almonacid Arellano v. Chile*, también se habló sobre la confrontación para determinar la compatibilidad entre una medida legislativa y la Convención Americana, pero inicialmente se prohibió realizar un Control de Convencionalidad en abstracto, es decir, sin que se hubiere aplicado una norma a un caso concreto²⁶³.

Fue el juez Cançado Trindade, en sus opiniones disidentes quien abrió una senda para que la Corte ejerciera el control de convencionalidad sin que fuera requisito la existencia de una violación concreta de derechos humanos, ello con el fin de hacer verdaderamente efectiva la protección a todas las personas en sus derechos y no exponerlas a un riesgo al existir medidas que resulten incompatibles con la Convención²⁶⁴. Es incluso desde tal

de 2007, párr. 57; Caso Castillo Petrucci y otros v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 30 de mayo de 1999, serie C No. 52, párr. 207; Caso La Cantuta v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, serie C No. 162, párr. 172; Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 26 de septiembre de 2006, serie C No. 154, párr. 118.

²⁵⁹ CIDH: Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).”

²⁶⁰ CIDH: Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”

²⁶¹ CIDH: Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”

²⁶² CIDH: Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 38

²⁶³ CIDH: Caso el Amparo v. Venezuela, sentencia de reparaciones y costas, sentencia de 14 de septiembre de 1996, serie C No. 28; Caso Lacayo v. Nicaragua, sentencia de excepciones preliminares del 17 de enero de 1995, serie C No. 21.

²⁶⁴ Caso el Amparo v. Venezuela, sentencia de reparaciones y costas, sentencia de 14 de septiembre de 1996,

pronunciamiento del juez Cançado Trindade, que se empieza a cuestionar la existencia de un **daño** como requisito para la configuración de la responsabilidad objetiva del Estado, pues, como ya se indicó, el simple hecho de incumplir sus obligaciones generales ya genera responsabilidad internacional. Ese daño, en su concepto, pasa a los requisitos subjetivos que no se tienen en cuenta dentro del derecho internacional, pues importa simplemente el hecho ilícito²⁶⁵, o, lo que es lo mismo para el caso, la ocurrencia del hecho dañino. Cabe resaltar que en el derecho interno, ello difiere, pues la responsabilidad del Estado surge pero no así el deber de reparar, debido que, para este último, sí es indispensable la existencia de un daño.

El deber de adecuar el ordenamiento jurídico interno, empieza a tener luces en sede interamericana, en los casos Castillo Páez v. Perú²⁶⁶; Suárez Rosero v. Ecuador²⁶⁷; Castillo Petruzzi v. Perú²⁶⁸, (respecto del cual cabe aclarar que la reacción del Perú fue desfavorable por considerar que la decisión de la Corte extralimitaba sus competencias y la soberanía del Estado; al respecto, recordó el Tribunal, y como un aporte fundamental, que con base en los principios *pacta sunt servanda* y buena fe, reconocidos por el derecho internacional, todos los órganos y poderes del Estado **deben** cumplir con las obligaciones que surgen de la misma Convención y los pronunciamientos de la Corte según el artículo 68 del mismo instrumento)²⁶⁹; y tenemos el Caso de las palmeras v. Colombia²⁷⁰. Todos ellos tienen en

serie C No. 28, voto disidente del Juez Cançado Trindade, párr. 5

²⁶⁵ Caso el Amparo v. Venezuela, sentencia de reparaciones y costas, sentencia de 14 de septiembre de 1996, serie C No. 28, voto disidente del Juez Cançado Trindade, párr. 27; CIDH: Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de fondo del 12 de noviembre de 1997, serie C No. 35; Caso Cantoral Benavides v. Perú, sentencia de fondo del 18 de agosto de 2000, serie C No. 69

²⁶⁶ CIDH: Caso Castillo Páez v. Perú, sentencia de fondo del 3 de noviembre de 1997, serie C No. 34. El deber de adoptar medidas en el ordenamiento jurídico interno surge por la expedición de leyes de amnistía, las cuales, según la misma Corte, constituye desconocer derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, cuando han sufrido violaciones en sus derechos humanos.

²⁶⁷ CIDH: Caso Suárez Rosero v. Ecuador, sentencia de fondo del 12 de noviembre de 1997, serie C No. 35

²⁶⁸ CIDH: Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de excepciones preliminares del 4 de septiembre de 1998, serie C No. 41, párr. 205. Se cuestiona la ambigüedad de la norma penal para tipificar conductas punibles, pues ello vulnera derechos humanos, en especial el principio de legalidad reconocido en el artículo 9. Se reconoce que expedir una norma contraria a la convención, per se vulnera el artículo 2 de la Convención, sin necesidad que se haya aplicado a un caso concreto.

²⁶⁹ CIDH: Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú, cumplimiento de sentencia, resolución del 17 de noviembre de 1999, serie C No. 59

²⁷⁰ CIDH: Caso Las Palmeras v. Colombia, sentencia de fondo del 6 de diciembre de 2001, serie C No. 90,

común la expedición de leyes que contrarían lo consignado en la Convención Americana, y en los cuales no se necesitó de la existencia de un daño para conjurar responsabilidad, sino únicamente el hecho de incumplir una obligación general, eso sí, ello funciona por excelencia a nivel internacional, porque por el contrario, como ya se anotó, en Colombia es requerida la existencia de un daño para que se genere el deber de reparar.

Continuando con el surgimiento de ese control de convencionalidad, podemos resaltar que el primer caso donde se realizó confrontación de la Convención con una Constitución fue en el de ‘La última tentación de Cristo’ v. Chile, puesto que la Carta Política chilena, desconocía los presupuestos básicos del derecho a la libertad de expresión reconocidos en el artículo 13 de la Convención Americana²⁷¹; siguen casos como “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago”²⁷²; por último, se declaró responsabilidad del Estado frente a la expedición de un acto administrativo incompatible con la Convención Americana en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador²⁷³.

El primero en hablar de ‘Control de Convencionalidad’ fue el Juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente del caso Myrna Mack Chang v. Guatemala²⁷⁴; posteriormente, en el Caso Almonacid Arellano v. Chile²⁷⁵, se consolida ese ‘Control de Convencionalidad’, aduciendo que lo deben practicar no solo los jueces en sede interamericana, sino también los agentes estatales de las diferentes ramas o funciones del poder público, pues, en sus

párr. 32 y 33. En interpretación de Rey Cantor este caso consolida el control de convencionalidad en sede internacional, en el libro REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Margarita, Control de Convencionalidad de las leyes y de la jurisprudencia y Derechos Humanos, obra inédita, pág. 179

²⁷¹ CIDH: Caso ‘La última tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) v. Chile, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 5 de febrero de 2001, serie C No. 73

²⁷² CIDH: Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 21 de junio de 2002, serie C No. 94.

²⁷³ CIDH: Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 21 de noviembre de 2007, serie C No. 170

²⁷⁴ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El Control de Convencionalidad. Editorial Temis, Bogotá 2014. Pág. 28; CIDH: Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez

²⁷⁵ Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 123; Caso trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú, sentencia de excepciones, fondo, reparaciones y costas, del 24 de noviembre de 2006, serie C No. 158, párr. 128.

palabras, “(...) el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado recogido en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención”.

A partir de tal caso en adelante, la Corte interamericana tuvo grandes avances en cuanto a control de convencionalidad, en especial, la responsabilidad del Estado por ‘no adecuar su legislación a los parámetros convencionales’²⁷⁶, ello por el mismo deber de prevenir para evitar la violaciones a los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana.

Por lo tanto se puede afirmar que las contradicciones, violaciones, desconocimientos u omisiones normativas, administrativas, judiciales o de otro carácter que lleguen a existir entre las actuaciones de un Estado frente a su deber de salvaguardar los derechos consagrados en la Convención Americana y el ‘*acquis conventionel*’, pueden ser bien por **acción**, (expedición de actos normativos, actos administrativos, ejercicio de prácticas estatales contrarias a derechos humanos, etc.) o por **omisión**, por no adoptar todas las medidas necesarias para prevenir la vulneración de derechos humanos, medidas no solo en cuanto a actos administrativos o judiciales, sino también legislativos, como reiteradamente ya se mencionó.

En cuanto a quiénes deben aplicar el Control de Convencionalidad, conforme a las obligaciones adquiridas por un Estado, la Corte interamericana ordena que deba cumplirse por cada uno de los agentes estatales, es decir, no sólo lo aplica la Corte en sede internacional, como máxima protectora de los derechos humanos, sino que necesariamente

²⁷⁶ CIDH: Caso Zambrano Vélez y otros v. Ecuador, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 4 de julio de 2007, serie C No. 166, párr. 153; Caso Fornerón e Hija v. Argentina, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 27 de abril de 2012, serie C No. 242, párr. 142

también el Estado en sede interna²⁷⁷, tanto en las actuaciones administrativas, judiciales o de otra índole, como los actos que ejecute como consecuencia de la guerra (si exist conflicto armado interno) como con loa actos de terrorismo si es que ha abandonado o no ejercido sus obligaciones y deberes de protección. Tal como se ha venido indicando en la jurisprudencia del sistema interamericano, la obligación de ejercer un control de convencionalidad *ex-officio* entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles²⁷⁸, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esto hace referencia al análisis que deben realizar los órganos y agentes estatales (particularmente los jueces y demás operadores de justicia) sobre la compatibilidad de las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana. En sus decisiones y actos concretos dichos órganos y agentes deben cumplir con la obligación general de garantizar los derechos y libertades protegidos en la Convención Americana, asegurándose de no aplicar normas jurídicas internas violatorias de dicho tratado, así como de aplicar correctamente este tratado y los estándares jurisprudenciales desarrollados por este Tribunal²⁷⁹.

Para darle sustento a lo anterior, se recuerda que este mecanismo, dentro del Estado colombiano, perfectamente puede ser utilizado sin que se comprometa la responsabilidad de los servidores públicos o agentes estatales al momento de actuar de manera oficiosa salvaguardando los derechos humanos, y a favor del principio *pro persone o pro homine*²⁸⁰, teniendo en cuenta que a la luz del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, el llamado '*bloque de constitucionalidad*' se incorpora al ordenamiento constitucional interno, tales derechos reconocidos en instrumentos internacionales ratificados por Colombia y que

²⁷⁷ REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Margarita, Control de Convencionalidad de las leyes y de la jurisprudencia y Derechos Humanos, obra inédita.

²⁷⁸ CIDH: Caso Liakat Ali Alibux v. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 30 de enero de 2014, serie C No. 276, párr. 124

²⁷⁹ CIDH: Caso Gelman v. Uruguay, supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, considerandos 65 a 90; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de agosto de 2014, serie C No. 282, párr. 471.

²⁸⁰ Anteriormente denominado "pro homine". Hoy se llama "pro persona" con el fin de no realizar discriminación, CIDH: Caso de los 19 comerciantes vs. Colombia, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 5 de julio de 2004, serie C No. 109.

prohíben su limitación en estados de excepción, hacen parte del ordenamiento jurídico interno, y conforme al artículo 6 de la misma Constitución Política que consagra el principio de legalidad, en virtud del cual los funcionarios públicos son responsables por la violación de la Constitución y de la Ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, los servidores públicos se ven en la obligación de aplicarlo²⁸¹.

Lo anterior, ubica a dichos agentes frente a la pregunta de cómo aplicar tal mecanismo, y para ello, citando la obra de REY CANTOR y REY ANAYA, introduce lo que se conoce como ‘*test de convencionalidad*’ desarrollado en los siguientes términos:

“1° Situarse frente a un caso concreto donde existe una presunta vulneración de derechos humanos, esto es, establecer un supuesto fáctico,

2° Verificar la validez del derecho internacional frente al derecho interno, que en Colombia surge de los artículos 93 y 94²⁸² de la Constitución política como ya se anunció,

3° La existencia de una incompatibilidad o una omisión legislativa o de otro carácter entre el derecho interno y una disposición convencional que genere vulneración a derechos humanos; para ello, el servidor público debe realizar una interpretación a la luz de la Convención Americana, los tratados ratificados en materia de derechos humanos y la jurisprudencia producida por la Corte Interamericana,

4° Establecer la incompatibilidad a partir del *examen de confrontación normativo* para determinar si existe un desconocimiento de las obligaciones generales adquiridas por el Estado parte a la luz de los artículos 1.1 y 2 y las obligaciones específicas, esto es, los artículos 3 al 25 de la Convención Americana y los demás ya mencionados en materia de derechos humanos, pues “*de lo que se trata es que haya conformidad entre los actos*

²⁸¹ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 6: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)”

²⁸² Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 94: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”

*internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para este determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”*²⁸³;

5° Determinar claramente cuál o cuáles son las violaciones a derechos humanos que se cometieron frente a hechos concretos, o pueden cometer si nos encontramos en la expedición de acto legislativo, administrativo o judicial, de acuerdo con la Convención Americana y la jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos. Luego, si efectivamente se produjeron daños a las víctimas, surge inmediatamente el deber de repararlas integralmente, de la manera señalada por la Corte interamericana a la luz del artículo 63.1 de la Convención Americana y lo desarrollado en su jurisprudencia, reparaciones a las cuales en esta obra se hará referencia posteriormente;

6° Si el control se realiza en sede interna y existe vulneración de derechos humanos se procede a i) declarar improcedente la actuación, ii) hacer cesar la misma si ya se está realizando o iii) en caso de que ya se haya desplegado y ocasionado daños, proceder con la obligación de reparar.

Cabe resaltar que ese control de convencionalidad, hace que se aplique directamente una disposición Convencional, cuando el derecho a proteger es uno de los contenidos en el artículo 27.2 de la Convención Americana, siendo ellos: “*artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos*”²⁸⁴. Son los llamados por la doctrina como derechos de núcleo duro, ya que no se pueden derogar, ni aun en estados de excepción. Hacen parte

²⁸³ Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 24 de noviembre de 2006, serie C No. 158, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 2.

²⁸⁴ OEA: Convención ADH: artículo 27.2: La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

de lo llamado normas de *ius cogens* por ser de carácter general, erga omnes, inderogables e inmodificables.

Si no se trata de alguno de estos derechos y el agente estatal con su actuación pretende restringir un derecho diferente, tal restricción debe estar conforme a lo consagrado en artículos 29 y 30²⁸⁵ de la convención, y sin que la medida a adoptar sea discriminatoria (conforme a obligaciones generales en artículo 1.1 del mismo tratado)

El no aplicar el control de convencionalidad y por el contrario desconocerlo da pasa para convertirse en hecho ilícito y como ya se advirtió, puede llegarse a configurar no solo responsabilidad estatal sino responsabilidad internacional.

7° Si es en sede internacional, el resultado será que la Corte, como máxima intérprete y protectora de los derechos humanos, declara la inconvencionalidad de la medida legislativa o de otro carácter y ordena, ya sea su derogación o el cese inmediato de la medida transgresora de derechos humanos, esto es, declara no solo la responsabilidad internacional, sino procede a decretar las formas de reparación integral que tiene por fin la *restitutio in integrum*.

Teniendo ya una noción general del ‘control de convencionalidad’, así como su aplicación en concreto, se pasará a explicar cuándo surge responsabilidad del Estado por omisión, figura jurídica que podrá aplicarse a la responsabilidad del Estado por los hechos de la guerra y el terrorismo frente a los miembros de la fuerza pública, veamos.

3.2. La víctima y el conflicto armado interno, elementos relevantes del control de convencionalidad para el caso colombiano

²⁸⁵ OEA: Convención ADH: Artículo 29: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

“Artículo 30. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Para efectos de realizar las correspondientes reparaciones, se ha establecido quiénes se pueden considerar víctimas. En los casos relativos a las masacres ocurridas en Colombia, y sobre las cuales la Corte interamericana realizó pronunciamientos declarando al Estado colombiano responsable por las distintas violaciones a derechos humanos, fijó criterios para establecer quién es víctima, siendo todo titular jurídico de los derechos reconocidos en la Convención Americana: vida, libertad, integridad, seguridad personal, entre otros, establecidos dentro de los artículos 3 al 25 del Pacto internacional de San José de Costa Rica; es quien goza de un derecho amplio de protección en sus derechos humanos, pero que dentro de un caso concreto ha sufrido una transgresión a los mismos ocasionándole un daño, que a la luz del derecho internacional resulta reparable integralmente.

Así, se ha hablado de i) víctima *directa* y ii) víctima *indirecta*, siendo la primera “*la persona contra la que se dirige, en forma inmediata, explícita, deliberada, la conducta ilícita del agente del Estado: el individuo que pierde la vida, que sufre en su integridad o libertad, que se ve privado de su patrimonio, con violación de los preceptos convencionales en los que se recogen estos derechos*” y la indirecta, “*un sujeto que no sufre de la misma forma --inmediata, directa, deliberada- tal conducta ilícita, pero también mira afectados, violentados, sus propios derechos a partir del impacto que recibe la denominada víctima directa. El daño que padece se produce como efecto del que ésta ha sufrido, pero una vez que la violación le alcanza se convierte en lesionado bajo un título propio --y no reflejo o derivado-- que se funda en la misma Convención y en los derechos reconocidos por ésta*”²⁸⁶.

La doctrina, ha optado por hablar también de víctimas **determinadas** y **determinables**, pues, “*al existir un acto internacionalmente ilícito, pueden consecuentemente decretarse unas medidas de reparación que no estén dirigidas hacia individuos determinados: tal es el caso de las medidas de reparación simbólicas, de reparación social y las medidas de*

²⁸⁶ CIDH: Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, sentencia del 1 de julio de 2006, serie C No. 148, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 11

satisfacción y garantías de no repetición, que sirven, en general, a toda la comunidad o grupo poblacional afectado, y que se han decretado más de una vez en la historia del Sistema”²⁸⁷.

También se habla de víctimas **indeterminadas pero determinables**, cuando al momento de decretar las reparaciones, la Corte ordena al Estado realizar todas las investigaciones tendientes a encontrar el paradero de las víctimas, así como de determinarlas e individualizarlas para efecto de resarcir los daños a sus familiares²⁸⁸.

En Colombia la ley 1448 de 2011, Ley de víctimas y restitución de tierras, en su artículo tercero consagró que “*Se consideran víctimas, para los efectos de esta Ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado*”²⁸⁹.

Surgen del artículo dos elementos a saber: El concepto de víctima atado a la violación de los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, esto es, a los reconocidos como derechos humanos; y, el reconocimiento de la existencia de un conflicto armado interno en Colombia, que traerá efectos para la responsabilidad del Estado.

Ahora, con relación al conflicto armado interno, me referiré en estos apartes, de manera general, a los grupos armados que operan en Colombia en condición de insurgentes, esto es, FARC y ELN, debiendo recordar que los requisitos para que se pueda dar la existencia del conflicto armado interno son: i) No debe tratarse de un conflicto entre estados, es decir

²⁸⁷ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés. La protección de víctimas indeterminadas en el sistema interamericano de derechos humanos. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005. Trabajo de Grado, director Roberto Vidal López, pág. 58. Recurso en línea:

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2032.pdf>

²⁸⁸ Vid. CIDH: Caso “Masacre de Mapiripán” v. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C 134

²⁸⁹ Ley 448 de 2011, artículo 3°.

debe desarrollarse dentro del territorio del Estado y que este sea parte contratante del convenio y sus protocolos. ii) Exige que la confrontación se presente entre las Fuerzas Armadas Constitucionales y las Fuerzas Armadas Disidentes, o entre las Fuerzas Armadas Constitucionales y grupos armados organizados, siempre que estos últimos cumplan las siguientes condiciones objetivas: a) Que actúen bajo la dirección de un mando responsable. b) Que ejerzan control sobre una parte del territorio. c) Que sobre ese territorio que controlan puedan ejercer operaciones militares sostenidas y concertadas. d) Que en ese territorio apliquen, de suyo, el protocolo II adicional.²⁹⁰

Con relación al primer requisito, se cumple, Colombia es parte contratante y de darse los otros requisitos podría configurar la existencia de un conflicto armado interno.

El segundo requisito se cumple, se trata de grupos armados organizados con una estructura jerárquica interna, pero que debe cumplir con los otros requisitos. Si bien actúan bajo la dirección de un mando responsable, en muchas ocasiones las decisiones de ejecutar una acción radican en cabeza del comandante del frente o cuadrilla, no propiamente de un comando central. Existe, en algunos casos, fractura de mando, que debería estudiarse a la luz de este ordenamiento. Empero, asumamos que si existe un mando responsable. En la actualidad los grupos no ejercen control sobre una parte del territorio delimitado, aunque si tienen control territorial *virtual* de algunos municipios del país.. No existe prueba del dominio in situ, en donde se pueda deducir que estos grupos son las que ejercen ese control territorial y que este se constituya en un hecho notorio. El mismo ordenamiento internacional califica como debe ejercerse ese control o para que se debe ejercer, disponiendo que en él se deben presentar operaciones militares sostenidas y concertadas y que se aplique el DIH. Nótese que no se trata de cualquier operación militar, sino de ejecutar operaciones militares sostenidas y concertadas que son el conjunto de acciones coordinadas, armadas, de inteligencia y logísticas, tendientes a conseguir un objetivo, a

²⁹⁰ Protocolo adicional II al convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado el 8 de junio de 1977, artículo 1

consolidarlo y mantenerlo. Los grupos armados insurgentes, si bien ejecutan acciones, estas no adquieren la connotación de operación militar, por cuanto no consiguen objetivos físicos, no los consolidan, ni los mantienen. No obstante, como existe un control territorial de algunos municipios por ausencia de la presencia de la fuerza pública constitucional, como lo sostiene el tratadista Pedro Medellín Torres, se trata de un control territorial virtual que es válido para entender la existencia del conflicto armado interno en Colombia. Por último, aplicar dentro de ese territorio dominado el protocolo II adicional a los convenios de Ginebra. Sobre este último requisito, en los últimos años han demostrado su inclinación por respetarlo, al haber dejado en libertad miembros de la fuerza pública que estaban secuestrados bajo su responsabilidad.

El planteamiento anterior encuentra sustento en lo expuesto por el tratadista Gonzalo Sánchez *“El momento llamado violencia o guerra insurreccional se construye sobre la base de una nueva división de la sociedad, dominantes y dominados, y que promete sacar a Colombia de su insularidad y excepcionalidad política, poniéndola al ritmo del mesianismo revolucionario que por entonces invade a toda América Latina. Eran tiempos inaugurales, de ruptura y de utopía, y en todo caso de una ascendente mentalidad revolucionaria para la cual parecería no haber pasado, sólo había futuro”*²⁹¹. Y sobre este mismo aspecto, las mismas Fuerzas Militares, en un reconocimiento tácito del conflicto armado interno expusieron en el editorial de la Revista de las Fuerzas Armadas de julio de 1991, lo siguiente: *“La misión de la fuerza pública es en esencia, esto es, su naturaleza primordial exacta a la establecida por la Constitución de 1886. Ello nos permite afirmar la existencia de un reconocimiento explícito a la abnegada y sacrificada conducta de soldados, marineros y aviadores, y de la fuerza a la que pertenecen. Recordemos cómo en los últimos tiempos una organización subversiva subdividida en agrupaciones de distinto nombre, ha pretendido alcanzar el poder político por medio de las armas. Con estos propósitos a sostenido teorías contrarias a los principios democráticos republicanos y de elecciones libres que rigen nuestro destino de nación libre y soberana y para ello ha contado con el*

²⁹¹ SANCHEZ, Gonzalo, Guerra y política en la sociedad colombiana, p. 29; cit. por CABARCAS Maciá Gina, Militares, Política y Derecho, sobre los silencios de la constituyente de 1991, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, p. 18.

auxilio y patrocinio de otras latitudes. Si hasta el presente no se ha establecido en nuestra patria un sistema dictatorial del tipo que la subversión ha pretendido, se debe primordialmente al colosal esfuerzo de las Fuerzas Armadas. Esa es una realidad pero también lo es que no siempre se le ha dado a la fuerza pública, como ahora se le designa, el franco apoyo ciudadano, el cual produce una fuerza moral indispensable para consolidar los éxitos operacionales”.²⁹²

En conclusión, de acuerdo con lo atrás expuesto, no cabe duda de que en Colombia existe un conflicto armado interno, no sólo por el reconocimiento expreso que de él se hace por la Ley del Congreso de la República, sino porque se cumplen los requisitos exigidos en la legislación internacional aprobadas por Colombia, aunado lo anterior al reconocimiento que el mismo estamento militar hace en el editorial de su revista. El que exista el conflicto armado interno hace que los miembros de las fuerzas militares se conviertan en víctimas de los hechos de la guerra.

En tal sentido la jurisprudencia colombiana, ha optado por dale el rango de víctima, además, a **los soldados o miembros de las fuerzas públicas** (entre estos, policía nacional y fuerzas armadas) que sufren lesiones en su vida o integridad personal.

En el concepto del Consejo de Estado, la noción de ‘víctima’ no se limita para los particulares, debido a que la obligación del Estado de proteger estos derechos inderogables o de *ius cogens* corresponde frente a ‘todas las personas sometidas a su jurisdicción sin distinción alguna’. Los derechos humanos y las obligaciones de respetarlos y garantizarlos por todos los medios razonables, cobran sentido cuando el Estado pone a sus agentes estatales en riesgos que no tienen la obligación de soportar, como ocurre cuando son designados para defender la seguridad pública frente a atentados terroristas o delincuenciales y no cuentan esos miembros de la fuerza pública con un entrenamiento previo para enfrentar hechos que constituyen además un riesgo notorio para su vida e

²⁹² Revista de las Fuerzas Armadas Vol. XLVI, número 140, Editorial ‘La Constitución Nacional’, 1991, Cit. por CABARCAS Maciá Gina, Militares, Política y Derecho, sobre los silencios de la constituyente de 1991, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, p. 42

integridad personal²⁹³.

De esta forma, reconoce la jurisprudencia colombiana que, *“existe (...) un concepto amplio y universal de víctima el cual, conforme a los trabajos de las Naciones Unidas [cristalizado en la Resolución de 16 de diciembre de 2005 A/Res/60/147], comprende a “toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”*²⁹⁴.

Vistas así las cosas, los miembros de las Fuerzas Militares y de la policía Nacional, adquieren la condición de víctimas, tanto por los hechos de la guerra en virtud del conflicto armado interno, o por los atentados terroristas cuando no han recibido el entrenamiento y la dotación suficiente para soportar lo avatares de sus obligaciones constitucionales y legales.

3.3. Responsabilidad del estado por omisión, la ‘debida diligencia’.

Para este acápite es necesario partir del supuesto que el Estado también es responsable por

²⁹³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio. Expediente 31250 de 20 de octubre de 2014. Los hechos giran en torno a un ataque de las FARC realizado el 21 de diciembre de 1997 a una compañía militar ubicada en el Cerro de Patascoy de la ciudad San Juan de Pasto. Otros comandantes tenían un conocimiento previo de que dicho ataque iba a ocurrir y sin embargo, no desplegaron acciones tendientes a evitar ese ataque o mitigar los daños que pudiesen ocurrir. Producto de tal omisión fallecieron tres miembros de las fuerzas armadas, entre ellos, dos eran soldados que prestaban servicio militar obligatorio.

²⁹⁴ ONU: Resolución A/RES/60/147 de 16 de diciembre de 2005: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Cit. por Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio. Expediente 31250 de 20 de octubre de 2014

hechos cometidos por terceros, así se ha venido manejando en sede interamericana desde su primer caso, *Velázquez Rodríguez v. Honduras*, donde además agregó que el Estado, como consecuencia de la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, debe prevenir, investigar, sancionar cuando tenga conocimiento de cualquiera violación de los derechos humanos, procediendo en consecuencia a reparar a la víctima por los daños causados²⁹⁵; el no hacerlo genera responsabilidad para el Estado, debido a que este debe adoptar un ‘deber de debida diligencia’²⁹⁶ frente a la (s) persona (s) lesionadas.

3.3.1. Obligación de prevenir

Desde ese primer caso, *Velásquez Rodríguez v Honduras*, se hizo especial énfasis en que el deber de prevenir *“abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales (...) es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”*²⁹⁷, pues así como se recordó en el caso *Campo Algodonero v. México*, un Estado no puede ser responsable por cualquier violación a derechos humanos cometida por particulares dentro de su jurisdicción. *“En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades*

²⁹⁵ CIDH: Caso Velázquez Rodríguez v. Honduras, sentencia de reparaciones y costas del 21 de julio de 1989, serie C No. 7, párr. 174

²⁹⁶ CIDH: Caso Velázquez Rodríguez v. Honduras, sentencia de reparaciones y costas del 21 de julio de 1989, serie C No. 7, párr. 172

²⁹⁷ CIDH: Caso Velázquez Rodríguez v. Honduras, sentencia de reparaciones y costas del 21 de julio de 1989, serie C No. 7, párr. 175

razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”²⁹⁸ (subrayado y negrilla fuera del texto). Es decir, debe analizarse el caso específico en sus condiciones de modo, tiempo y lugar, para que surja la obligación de protección para el Estado y así se le pueda enrostrar la responsabilidad por omisión.

Respecto de ese mismo caso, cabe anotar que se declaró la responsabilidad internacional del Estado de México, por faltar con su deber de debida diligencia, entre el que se encontraban i) la obligación de adoptar todas las medidas razonables para evitar la comisión de las violaciones a derechos humanos, ii) haber adoptado todas las normas o medidas de otro carácter necesarias de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana para prevenir la futura comisión de nuevas violaciones a derechos humanos, incluyendo, y esto es muy importante para la presente línea argumentativa, políticas públicas dirigidas contra sus agentes estatales a fin de que cuando tengan conocimiento de un hecho ilícito, promuevan el movimiento del aparato judicial para investigar, sancionar y reparar a las víctimas, además, la Corte sancionó al Estado **porque debido a esa falta de normatividad o medidas necesarias, sus funcionarios no contaban con la capacitación y sensibilidad adecuada para entender la gravedad del fenómeno de violencia y atender el mismo**²⁹⁹.

²⁹⁸ CIDH: Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, párr. 280; casos citados por la misma Corte interamericana: Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 123; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 29 de marzo de 2006, serie C No. 146, párr. 155; Caso Valle Jaramillo y otros v. Colombia, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 27 de noviembre de 2008, serie C No. 192, párr. 78. Vid. TEDH: Case of Kiliç v. Turkey, Judgment of 28 March 2000, paras. 62 and 63; Case of Osman v. the United Kingdom, Judgment of 28 October 1998, paras. 115 and 116.

²⁹⁹ CIDH: Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, párr. 285: “Tampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato”.

Recientemente, respecto del deber de prevenir, la Corte Interamericana, en el caso *Defensor de derechos humanos y otros v. Guatemala*, mencionando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Kiliç v. Turquía*, resaltó que “*no todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado [o grupo de individuos determinados] respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo*”³⁰⁰ (subrayado fuera del texto).

A esa misma obligación de prevenir, se le ha agregado, no solo cuando se determina que el Estado conoce de cierto riesgo real, inminente y particularizado, sino también *aquel que el Estado debió conocer*³⁰¹. Un caso donde la Corte aplicó tal criterio fue el de la *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, donde la Corte manifestó: “(...) *es claro que las autoridades estatales tenían conocimiento de la posibilidad de que aquél riesgo específico derivado de las actividades de personas o grupos paramilitares, se viera concretado en situaciones que afectaran a la población civil* (...)”³⁰².

La Corte interamericana se refirió, así mismo, al caso *Osman* de la Corte Europea para decir que las obligaciones que surgen del artículo 1.1 de la Convención Americana, al igual

³⁰⁰ CIDH: Caso Defensor de derechos humanos y otros v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de agosto de 2014, serie C No. 283, cita no. 237

³⁰¹ CIDH: Caso Luna López v. Honduras, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 10 de octubre de 2013, serie C No. 269, párr. 124; Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 111; Caso Castillo González vs. Venezuela, sentencia de 27 de noviembre de 2012, serie C No. 256, párr. 123.

³⁰² CIDH: Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 125; Lo mismo se ha visto en la mayoría de condenas al Estado colombiano respecto de diferentes masacres, Caso “Masacre de Mapiripán” v. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C 134; Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia, sentencia de fondo, reparación y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C No. 163; Caso 19 comerciantes v. Colombia, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 5 de julio de 2004, serie C No. 109.

que en el 2.1 del Convenio Europeo, “*se extiende[n], en ciertas circunstancias, a una obligación positiva de las autoridades de tomar medidas preventivas operativas para proteger a un individuo o grupo de individuos, cuya vida esté en riesgo por actos criminales de otros individuos. (...) Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, la impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, dicha obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Por consiguiente, no todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo*”³⁰³ (subrayado fuera del texto).

Por otra parte, las medidas que deban tomarse frente a un caso en concreto donde exista un riesgo real e inminente y que cumpla todas las características ya descritas, no deben ser siempre las que pide la persona afectada en sus derechos, pues “[l]a valoración sobre si una persona requiere medidas de protección y cuáles son las medidas adecuadas es una obligación que corresponde al Estado y no puede restringirse a que la propia víctima lo solicite a ‘las autoridades competentes’, ni que conozca con exactitud cuál es la autoridad en mejor capacidad de atender su situación, ya que corresponde al Estado establecer medidas de coordinación entre sus entidades y funcionarios para tal fin”³⁰⁴ (subrayados fuera del texto).

³⁰³ TEDH: Case Osman v. the United Kingdom judgment of 28 October 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, paras. 115 and 116, cit. por CIDH: Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140

³⁰⁴ CIDH: Caso Luna López v. Honduras, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 10 de octubre de 2013, serie C No. 269, párr. 127.

Debido a que la obligación *erga omnes* de respetar los derechos humanos sin discriminación alguna, debe garantizarse por el Estado a todas las personas sometidas a su jurisdicción, ello no quiere decir que haya una responsabilidad ilimitada del mismo por todas las vulneraciones a derechos humanos, sin embargo, como ya se asentó, cabe la responsabilidad por omisión cuando el Estado no adopta su deber de prevenir ante el conocimiento de la existencia de un riesgo real e inmediato.

Con base en lo citado por algunos autores, podemos deducir que hay responsabilidad del Estado cuando: **a)** los particulares actúan con aquiescencia, tolerancia o complicidad de los agentes estatales, ya sea por acción u omisión, por no garantizar la efectividad de todos los derechos humanos³⁰⁵; y **b)** por falta de debida diligencia para prevenir que los actos de particulares atenten contra los derechos humanos, es decir por omisión, que según MEDINA ARDILA, puede presentarse en dos escenarios a saber: ***i) por actuaciones desplegadas por particulares que prestan un servicio público y ii) por haber conocido los agentes estatales de la existencia de un riesgo cierto, inminente y determinado, y no adoptar todas las medidas necesarias tendientes a evitarlo***³⁰⁶.

Para deducir cuando nace la responsabilidad del Estado frente a riesgos o violaciones de derechos humanos por particulares, es indispensable analizar si ese riesgo que se concretó trasgrediendo derechos humanos, cumplía las siguientes características:

- i) Que el riesgo sea real,
- ii) Que sea inmediato o inminente para un individuo determinado o grupo de individuos,
- iii) Que el Estado haya tenido conocimiento previo o debía conocer de la existencia de ese riesgo o de las violaciones de derechos humanos,

³⁰⁵ Vid. CIDH: Caso 19 comerciantes v. Colombia, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 5 de julio de 2004, serie C No. 109, Caso Blake v. Guatemala, sentencia de fondo, del 24 de enero de 1998, serie C No. 36; Caso “Masacre de Mapiripán” v. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C 134, párr. 120-122; Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia, sentencia de fondo, reparación y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C No. 163

³⁰⁶ MEDINA ARDILA, Felipe. La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano. Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, pág. 19 y ss. Recurso en línea: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf>

- iv) Que exista la posibilidad razonable de prevenir o evitar el riesgo,
- v) El no despliegue por parte de agentes estatales de las medidas razonables dentro de las funciones o el alcance de sus poderes, que podían esperarse para evitar dicho riesgo.

Para el caso de la responsabilidad del Estado por los hechos de la guerra y el terrorismo, como lo expondré más adelante, no cabe duda que los postulados se cumplen, porque las bases militares, fijas, móviles o semimóviles se ubican precisamente donde existe presencia del grupo armado que se pretende controlar, reducir o destruir, en consecuencia los ataques contra estas bases son más que previsibles, inminentes.

3.3.2. Deber de investigar y sancionar

Respecto de la segunda obligación, esta es la de investigar, una vez que el Estado tiene conocimiento de la perpetración de la violación de derechos humanos, se encuentra en el deber de investigar los hechos que atentaron contra los derechos tutelados de las personas sometidas a su jurisdicción. Estas investigaciones surgen del artículo 8.1 y 25.1³⁰⁷ de la convención y son las más conocidas como '*garantías judiciales*'.

Las investigaciones siempre deben ser serias y no simples formalidades condenadas de antemano a ser infructuosas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que por tratarse de un servicio público de justicia, que depende en el caso de la responsabilidad de una demanda y su sustento probatorio, se estaría frente a una obligación de medios y no de resultados, para saber si un Estado está cumpliendo con su deber de investigar, es necesario analizar siempre su conducta frente a un caso concreto, mirar cada una de las acciones desplegadas y las que debió desplegar. Esta obligación ha sido entendida así en sede de la Corte

³⁰⁷ OEA: Convención ADH: Artículo 8.1: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Artículo 25.1: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de su jurisprudencia, desde su primer caso *Velásquez Rodríguez*³⁰⁸, pasando por casos como el de las *Masacres de Ituango v. Colombia*, *Masacre de Santo Domingo v. Colombia*³⁰⁹, *Masacres el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*³¹⁰, *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia*³¹¹, hasta el más reciente el de *Defensor de derechos humanos y otros v. Guatemala*³¹². Casos en los cuales se ha dejado claro que “(...) ***el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. La investigación debe ser seria, imparcial y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos. La obligación referida se mantiene “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus actos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”***”³¹³.

La debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue, ya sea de exoneración o de atribución de responsabilidad, procurando evitar las decisiones inhibitorias que se traducen en denegación de justicia, si se hace de otro modo, la

³⁰⁸ CIDH: Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, sentencia de fondo, del 29 de julio de 1988, serie C No. 4, párr. 174

³⁰⁹ CIDH: Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, sentencia del 1 de julio de 2006, serie C No. 148, párr. 319; Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, del 30 de noviembre de 2012, serie C No. 259, párr. 156.

³¹⁰ CIDH: Caso Masacres el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 25 de octubre de 2012, serie C No. 252, párr. 250 y ss.

³¹¹ CIDH: Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 20 de noviembre de 2013, serie C No. 270, párr. 370 y ss.

³¹² CIDH: Caso Defensor de derechos humanos y otros v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de agosto de 2014, serie C No. 283, párr. 200.

³¹³ Consejo de Estado Colombiano. M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio. Expedientes acumulados 23942 y 24775, sentencia de 30 de enero de 2013, pág. 23-24

investigación no es efectiva en los términos de la Convención³¹⁴.

La **obligación de sancionar**, también ha tenido gran connotación, pues se pretende el cumplimiento de dos fines: *i) evitar que los hechos vulneradores de derechos humanos queden en la impunidad y ii) evitar que los hechos vuelvan a repetirse, esto es, garantías de no repetición.*

Así mismo, como consecuencia de las anteriores, se debe concluir con el restablecimiento del derecho o deber de reparar integralmente a las víctimas en sus derechos, reparación integral que, a la luz de lo expuesto por la misma CIDH, no se cumple con la mera indemnización económica, sino que deberá contener otros medios efectivos de reparación para que se considere que la misma fue integral.

3.3.3. Obligación de reparar.

Se ha señalado ampliamente que cuando se pueda comprobar la existencia de un hecho ilícito, sumado a un daño y habiendo un nexo causal entre estos dos presupuestos, se configura no solo responsabilidad del Estado, sino también surge el deber de reparar integralmente a las víctimas por los daños ocasionados.

En torno a las reparaciones, se ha establecido en sede de Corte Interamericana, que “*toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente [.] esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado*”³¹⁵.

³¹⁴ CIDH: Caso Defensor de derechos humanos y otros v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de agosto de 2014, serie C No. 283, párr. 200

³¹⁵ CIDH: Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de agosto de 2014, serie C No. 282, párr. 444; Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 20 de noviembre de 2013, párr. 41.

El fin de la reparación es la de restituir los derechos conculcados y tratar de regresar la situación al estado anterior a la violación de derechos humanos, pero, de no ser esto posible, surge entonces la obligación de tratar de compensar con equivalentes como las indemnizaciones u otras medidas de reparación integral³¹⁶.

A nivel internacional, se ha optado por acogerse un criterio de *‘reparación integral’*, tal como puede verse en el caso de la Fábrica Chorzów, en donde se habló sobre la necesidad de que *“la reparación deb[e] anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho acto (...) [debe optarse por una] [r]estitución en especie o, si ello no es posible, pago de una suma equivalente al valor que tendría la restitución en especie, otorgamiento de ser necesario, de una indemnización por los daños sufridos que no hayan sido reparados por la restitución en especie o por el pago en efectivo: tales son los principios que deben servir para determinar el monto de una indemnización por un acto contrario al derecho internacional”*³¹⁷.

La indemnización económica, así vista, se convierte en un elemento de la reparación integral, por lo tanto la ecuación de responsabilidad variará en cuanto a que ya la indemnización económica no es el fin último del proceso judicial de reparación, sino que se constituye esta en un mero elemento, que deberá unirse a otras formas de reparación para que sea integral.

Esta doctrina ha sido recogida ampliamente, añadiendo lo establecido en el artículo 63.1³¹⁸

³¹⁶ OEA y Comisión IDH: Lineamientos principales para una política integral de reparaciones. Comisión Interamericana de DDHH. Documento No. 1 del 19 de febrero de 2008. Recurso en línea:

<http://www.cidh.org/pdf%20files/Lineamientos%20principales%20para%20una%20pol%C3%ADtica%20integral%20de%20reparaciones.pdf>

³¹⁷ CPIJ: Fábrica Chorzów (1928), Caso Fábrica Chorzów, Merits, Judgment N. 13, 1928, Series A, N° 17 párr. 47. Cit. por NASH ROJAS, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007), archivo pdf, segunda edición, Chile, junio 2009, estudio introductorio. Recurso en línea:

<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/14.pdf>

³¹⁸ OEA: Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 63.1: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el

de la Convención Americana, de tal forma que la Corte interamericana ha desarrollado como formas de reparación las siguientes:

3.3.3.1. *Restitución*

El derecho internacional, específicamente las Naciones Unidas estableció el derecho de las víctimas a obtener la reparación del daño en los siguientes términos: “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”³¹⁹, ha recordado en el principio X que “[l]a restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. **La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes**”³²⁰. Nótese que el concepto abarca una serie de derechos humanos que, muchas veces, son desconocidos en los fallos al interior del país en el caso colombiano, como ocurre con los derechos laborales, que pocas veces se escalan a la Corte Interamericana, mal entendiendo que esta sólo se ocupa de los casos extremos de lesión de los derechos a la vida o la propiedad.

En casos del SIDH, como el de la *Masacre de Santo Domingo v. Colombia*, *Masacres de Río Negro v. Guatemala*, *Kishwa Sarayaku v. Ecuador*, entre otros, se recoge tal doctrina al

goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

³¹⁹ ONU: Asamblea General. “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005

³²⁰ ONU: Asamblea General. “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005, principio X, párr. 19. Recurso en línea:

http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf.

disponer que “*La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior*”³²¹. Empero, reconoce que en la gran mayoría de los casos es imposible tal restitución, por ejemplo cuando se ha transgredido el derecho a la vida o integridad personal, psíquica o moral, y es por tal motivo que adopta otras medidas de reparación tendientes a resarcir los daños sufridos por las víctimas, estableciendo, *inter alia*, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados³²², no obstante, como las compensaciones pecuniarias en ocasiones no resultan idóneas para lograr la reparación por los daños causados, se otorgan otras medidas a fin de resarcir los daños de manera integral, como las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición³²³.

3.3.3.2. Indemnización

Como ya se afirmó, de no ser posible la restitución, es necesaria la compensación pecuniaria para mitigar los daños que han sufrido las personas como consecuencia de una violación a sus derechos humanos y cuyo responsable, en los términos ya anunciados, sea el mismo Estado. Sin embargo, el criterio a tener en cuenta al momento de fijar el monto de una indemnización, debe versar sobre la siguiente base, tan recordada en la jurisprudencia interamericana: “*Las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. Las reparaciones no pueden*

³²¹ CISH: Caso Velázquez Rodríguez v. Honduras, sentencia de reparaciones y costas del 21 de julio de 1989, serie C No. 7, párr. 26; Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, del 30 de noviembre de 2012, serie C No. 259, Párr. 292; Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C No. 250, párr. 248; Caso Kishwa Sarayaku v. Ecuador, sentencia de fondo, reparaciones, del 27 de junio de 2012, serie C No. 245, párr. 280.

³²² CIDH: Caso Blanco Romero y otros v. Venezuela, sentencia del 28 de noviembre de 2005, serie C No. 138, párr. 69; Caso García Asto y Ramírez Rojas, sentencia del 25 de noviembre de 2005, serie C No. 137, párr. 248; Caso Gómez Palomino v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 22 de noviembre de 2005, serie C No. 136, párr. 113.

³²³ CIDH. Caso “Masacre de Mapiripán” v. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C 134, párr. 294; Caso Masacres el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 25 de octubre de 2012, serie C No. 252, párr. 305.

implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”³²⁴. Busca este fallo de la Corte Interamericana evitar la violación del principio general del derecho de la prohibición del enriquecimiento sin causa, es por ello que las condenas de indemnización obedecen a la prueba que sobre el perjuicio se haya expuesto dentro del proceso y no a una sanción económica en si misma, propia del sistema anglosajón.

Adicionalmente, tales “*reparaciones deben tener un i) nexo causal con los hechos del caso, ii) las violaciones declaradas, iii) los daños acreditados, así como iv) las medidas solicitadas para reparar los respectivos daños*”³²⁵ (numeración fuera del texto).

Recuerda al unísono la comunidad internacional, en los principios sobre reparaciones a las víctimas de derechos humanos, ya mencionados, como directriz a tener en cuenta al momento de reparar por medio de indemnización, que la misma debe cumplir al menos con lo siguiente: “*La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:*

- a) El daño físico o mental;*
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;*
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;*
- d) Los perjuicios morales;*
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios*

³²⁴ CIDH: Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 229; Caso Acosta Calderón v. Ecuador, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 24 de junio de 2005, serie C No. 129, párr. 148; Caso Blanco Romero y otros v. Venezuela, sentencia del 28 de noviembre de 2005, serie C No. 138, párr. 70

³²⁵ CIDH: Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de agosto de 2014, serie C No. 282, párr. 445; Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Mapuche) Vs. Chile, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 29 de mayo de 2014, serie C No. 279, párr. 414.

*médicos y servicios psicológicos y sociales”*³²⁶.

La Corte al momento de establecer su quantum de las indemnizaciones, las ha clasificado según sean para resarcir los daños materiales o inmateriales.

i) Indemnización por daños materiales

Este tipo de reparación, tiene por fin compensar los daños patrimoniales como consecuencia de las violaciones declaradas, además de resarcir *“la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”*³²⁷. Resulta también indispensable para poder fijar el monto, tener en consideración una serie de elementos, como lo son *“el acervo probatorio, la jurisprudencia del propio Tribunal y los argumentos de las partes”*.³²⁸

³²⁶ CIDH: Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de agosto de 2014, serie C No. 282, párr. 445; Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Mapuche) Vs. Chile, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 29 de mayo de 2014, serie C No. 279, párr. 414.

³²⁷ CIDH: Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala. Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de febrero de 2002, serie C No. 91, párr. 43; Caso Garibaldi v. Brasil, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 23 de septiembre de 2009 serie C No. 203, párr. 182; Caso Dacosta Cadogan v. Barbados, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 24 de septiembre de 2009, serie C No. 204, párr. 111; Caso Ricardo Canese v. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 31 de agosto de 2004, serie C No. 111, párr. 201; Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C No. 120, párr. 150; Caso Gutiérrez Soler v. Colombia, sentencia de 12 de septiembre de 2005, serie C No. 132, párr. 72; Caso López Álvarez v. Honduras, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 1 de febrero de 2006, serie C No. 141, párr. 192; Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 7 de febrero de 2006, serie C No. 144, párr. 301; Caso Baldeón García v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 6 de abril de 2006, serie C No. 147, párr. 183; Caso Ximenes Lopes v. Brasil, sentencia de 4 de julio de 2006, serie C No. 149, párr. 220; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 5 de julio de 2006, serie C No. 150, párr. 124; Caso Servellón García y otros v. Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006, serie C No. 152, párr. 173; Caso Vargas Areco v. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C No. 155, párr. 146; Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 25 de noviembre de 2006, serie C No. 160, párr. 423.

³²⁸ NASH ROJAS, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007), archivo pdf, segunda edición, Chile, junio 2009, estudio introductorio, pág. 43-44. Recurso en línea: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/14.pdf>

A su vez, encuentra la jurisprudencia internacional que los daños materiales que afectan directamente el patrimonio de la víctima y sus familiares, pueden ser de dos formas, i) lucro cesante o por ii) daño emergente.

Así, se ha entendido como **lucro cesante**, aquellos ingresos que las víctimas o sus familiares han dejado de percibir como consecuencia de las violaciones a derechos humanos.

La indemnización por lucro cesante ha sido fijada por la Corte en equidad³²⁹ y de acuerdo con “los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural (...), fallecimiento que debe ser considerado atendiendo a las expectativas de vida en el país del cual era natural la víctima”³³⁰. Tal monto, se establece teniendo en cuenta “las expectativas de vida laboral en el país respectivo y a los ingresos posibles de la misma y, en caso de que esto último no fuera posible de determinar, se procede a fijar su cuantía sobre la base de los ingresos mínimos establecidos en la legislación interna”³³¹, ya sea el ingreso general, o bien aquel correspondiente a las labores que desempeñaba la víctima”³³².

La Corte ha tenido en cuenta este criterio para indemnizar por situaciones en los que la

³²⁹ CIDH: Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 5 de julio de 2006, serie C No. 150, párr. 127; Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia, sentencia de fondo, reparación y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C No. 163, párr. 248.

³³⁰ Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia, sentencia de fondo, reparación y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C No. 163, pág. 47; Caso Castillo Páez v. Perú, sentencia de reparaciones y costas, del 27 de noviembre de 1998, serie C No. 43, párr. 75; Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala, sentencia de reparaciones y costas, del 26 de mayo de 2001, serie C No. 77, párr. 81; Caso Trujillo Oroza v. Bolivia, sentencia de reparaciones y costas, del 27 de febrero de 2002, serie C No. 92, párr. 73.

³³¹ Vid. CIDH: Caso de Instituto de Reeducción al menor vs. Paraguay, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 2 de septiembre de 2004, serie C No. 112, donde no se pudo determinar cuánto percibían o iban a percibir los menores, sin embargo, la Corte fijó el monto de indemnización por lucro cesante, considerando que toda persona dentro de un Estado se presume que gana un salario mínimo.

³³² CIDH: Caso de Instituto de Reeducción al menor vs. Paraguay, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 2 de septiembre de 2004, serie C No. 112.

persona dejó de percibir dineros en razón del ilícito del Estado, como víctima directa, porque haya quedado con una incapacidad total o relativa para seguir desarrollando sus actividades laborales, ello ocurre de forma muy amplia en tanto se trate de transgresión al derecho a la vida o integridad personal, sin desconocer que se presenta cuando se afectan otros derechos humanos.

Por otra parte, se ha considerado como **daño emergente** aquel “*equivalente a los gastos directos e inmediatos que ha debido cubrir la víctima o sus representantes con ocasión del ilícito. Básicamente representa todos aquellos gastos que, en forma razonable y demostrable, hayan incurrido las víctimas con el objeto de reparar el ilícito, o bien, anular sus efectos*”³³³, NASH ROJAS, a partir de la jurisprudencia interamericana, nos trae algunos ejemplos de qué tipos de daños se pueden considerar como emergentes y las medidas para repararlos, siendo estos los “*gastos médicos y de otro tipo en que haya incurrido la víctima o sus familiares en razón de la violación convencional; gastos en que hayan incurrido los familiares, específicamente, en la búsqueda de la víctima, en sus visitas, entierro; reparación por las pérdidas patrimoniales de los familiares por motivos imputables al Estado, vinculados directamente con la violación de los derechos de la víctima; gastos médicos futuros que pueda involucrar un tratamiento vinculado con las violaciones convencionales*”, entre otros.

También se determina cuando “*los hechos violatorios de la Convención han tenido un impacto en el patrimonio familiar (...) Un cambio sustancial en las condiciones y calidad de vida que se deriven como consecuencia directa de hechos imputables al Estado; la realización de gastos relacionados con el exilio o con la reubicación del hogar; gastos de reincorporación social; gastos realizados para obtener empleos que fueran perdidos a raíz de las violaciones cometidas por el Estado; gastos relacionados a la pérdida de estudios; pérdida de posesiones, así como el detrimento de la salud física, psíquica y emocional de la*

³³³ CIDH: Caso de Instituto de Reeducación al menor vs. Paraguay, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 2 de septiembre de 2004, serie C No. 112, pág. 43

familia afectada”³³⁴

ii) *Daño inmaterial*

Reiteradamente, la Corte interamericana ha reconocido que el daño inmaterial “*puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia*”³³⁵. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad³³⁶.

Desde sus primeros casos, la Corte ha determinado que cuando se trata de violaciones a derechos como la vida, la integridad o la libertad personal, no es necesario acreditar el daño moral³³⁷, “*pues es propio de la naturaleza humana que toda persona que padece una violación a sus derechos humanos experimente un sufrimiento, razón por la cual el daño*

³³⁴ CIDH: Caso Baldeón García v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 6 de abril de 2006, serie C No. 147, párr. 186. Cit. por NASH ROJAS, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007), archivo pdf, segunda edición, Chile, junio 2009, estudio introductorio. Recurso en línea:

<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/14.pdf>

³³⁵ CIDH: Caso Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de agosto de 2014, serie C No. 282, párr. 315; Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala, sentencia de reparaciones y costas, del 26 de mayo de 2001, serie C No. 77, párr. 84; Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 29 de noviembre de 2011, serie C No. 238, párr. 120.

³³⁶ CIDH: Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de agosto de 2014, serie C No. 282, párr. 483.

³³⁷ CIDH: Caso Moiwana v. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 15 de junio de 2005, serie C No. 124, párr. 195; Caso Gómez Palomino v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 22 de noviembre de 2005, serie C No. 136, párr. 132; Caso Blanco Romero y otros v. Venezuela, sentencia del 28 de noviembre de 2005, serie C No. 138, párr. 88 y ss.; Caso “Masacre de Mapiripán” v. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C 134, párr. 283 y ss.; Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 255; Caso López Álvarez v. Honduras, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 1 de febrero de 2006, serie C No. 141, párr. 201, letra b); Caso Baldeón García v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 6 de abril de 2006, serie C No. 147, párr. 130.

inmaterial resulta evidente”³³⁸. Aquí la jurisprudencia colombiana se equipara a lo expuesto por la Corte Interamericana en la división de los perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales, que dentro de la indemnización integral buscan cuantificar el dolor de manera económica, como ocurre con el perjuicio moral o *pretium doloris*, o la alteración en las condiciones de existencia, que, además de poderse cuantificar económicamente *arbitro iuris*, podrá contener otras medidas de reparación, como el suministro de silla de ruedas, aparatos ortopédicos, tratamientos médicos futuros, etc.

3.3.3.3. Medidas de Satisfacción.

Resulta indispensable tener en cuenta el fin último; siendo este la reparación integral de la víctima, se opta por otro tipo de garantías que se ven reflejadas, tanto en las garantías de no repetición, medidas de rehabilitación, como en las ‘medidas de satisfacción’, siendo estas, *“aquellas que tienen por función reparar daños inmateriales de naturaleza no pecuniaria”*³³⁹.

La comunidad internacional, dentro de los principios de reparación a las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, ha reconocido no solo los fines sino también algunas medidas de satisfacción que deben aplicarse en un caso concreto en la mayor medida posible:

- “a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;*
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas*

³³⁸ CIDH: Caso Masacres el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 25 de octubre de 2012, serie C No. 252, párr. 383; Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C No. 250, párr. 307.

³³⁹ Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia, sentencia de fondo, reparación y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C No. 163, párr. 275; Caso Baldeón García v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 6 de abril de 2006, serie C No. 147, párr. 193; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 29 de marzo de 2006, serie C No. 146, párr. 228

violaciones;

c) *La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;*

d) *Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;*

e) *Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;*

f) *La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;*

g) *Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;*

h) *La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles”³⁴⁰.*

Por su parte, la Corte interamericana ha ordenado a los Estados otras medidas como lo son “*ofrecimiento de disculpas públicas a las víctimas; difusión de la petición de perdón a través de Internet; memoriales y actos conmemorativos; establecimiento de días nacionales, cambio de nombre de calles, plazas, centros médicos o escuelas para conmemorar a las víctimas; publicación de la sentencia de la Corte Interamericana en un diario de circulación nacional del país donde se cometió la violación; publicación de la sentencia –traducida al idioma oficial correspondiente– en el territorio del país donde vive la víctima; transmisión radial de ciertos párrafos de la sentencia en una radio de fácil*

³⁴⁰ ONU: Comisión Colombiana de Juristas. Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones, Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas, archivo pdf, primera edición, Bogotá, Colombia, enero de 2007, Principios Internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener reparaciones, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, ONU AG Res. 60/147 de 16 de diciembre de 2005, principio XI, párr. 22

http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf

acceso a las víctimas involucradas en el caso; publicación de la sentencia y difusión radial y televisada de partes de la sentencia; publicación especial –dentro del territorio nacional– en la cual se señalen las violaciones sufridas por las víctimas y su inocencia en los hechos imputados; traducción de ciertos párrafos a los idiomas de las víctimas (...) la orden (...) de entregar los restos mortales en casos de detenidos [o] desaparecidos, lo que ha sido calificado por la Corte como un acto de justicia y reparación en sí mismo”³⁴¹.

Pero también ha decretado otras medidas como, implementación de programas habitacionales para proveer viviendas adecuadas a quienes las han perdido como consecuencia de ataques indiscriminados³⁴²; búsqueda, identificación y sepultura de las víctimas cuando se trata de masacres³⁴³; construcción de monumentos apropiados para recordar los hechos acaecidos así como para prevenir que vuelvan a ocurrir en el futuro³⁴⁴; fijación de placas en lugares públicos como una forma de recordar a las generaciones futuras los hechos ocurridos³⁴⁵; la realización de audiovisuales documentales sobre los hechos y violaciones cometidas, los cuales se distribuyen al público y se transmiten vía televisión y puesto durante tiempo determinado en la página web de la entidad que cometió la perpetración a los derechos humanos³⁴⁶; construcción de museos en conmemoración de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos³⁴⁷ así como la construcción de

³⁴¹ NASH ROJAS, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007), archivo pdf, segunda edición, Chile, junio 2009, estudio introductorio, pág. 61-62. Recurso en línea: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/14.pdf>

³⁴² CIDH: Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, sentencia de reparaciones, del 19 de noviembre de 2004, serie C No. 116. Párr. 105

³⁴³ CIDH: Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 270 y ss.

³⁴⁴ CIDH: Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 278; Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C No. 250, párr.280.

³⁴⁵ CIDH: Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, sentencia del 1 de julio de 2006, serie C No. 148, párr. 408

³⁴⁶ CIDH: Caso Masacres el Mozote y lugares aledaños v. El Salvador, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 25 de octubre de 2012, serie C No. 252, párr. 365.

³⁴⁷ CIDH: Caso Barrios Altos v. Perú, sentencia de reparaciones y costas, de 30 de noviembre de 2001, serie C No. 87, párr. 44.f); Caso 19 comerciantes v. Colombia, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 5 de julio de 2004, serie C No. 109, párr. 273; Caso Huilca Tecse v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 115; Caso Moiwana v. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 15 de junio de 2005, serie C No. 124

parques³⁴⁸; entre otras, tendientes como ya se reiteró, no solo a reparar a las víctimas, sino también prevenir de violaciones a derechos humanos futuras, de tal forma que los hechos queden en la memoria de todas las personas para que no vuelvan a repetirse.

3.3.3.4. Garantías de no repetición

Estas son las más conocidas como medidas “*de alcance o repercusión pública*”³⁴⁹, ya que van dirigidas a los agentes estatales. Las garantías de no repetición se desprenden de las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, ya señaladas, a la luz de las cuales el Estado debe “*(...) adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana. En particular, y conforme al artículo 2 de la Convención, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención (...)*”³⁵⁰.

Los principios internacionales, han recogido este criterio y dispuesto algunas medidas para aplicar en casos donde se hayan cometido violaciones a derechos humanos, siempre que puedan emplearse, como lo son:

- “a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;*
- b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la*

³⁴⁸ CIDH: Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) v. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 20 de noviembre de 2012, serie C No. 253, párr. 347 a 349.

³⁴⁹ CIDH: Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 20 de noviembre de 2013, serie C No. 270, párr. 441; Caso Blanco Romero y otros v. Venezuela, sentencia del 28 de noviembre de 2005, serie C No. 138, párr. 93; Caso García Asto y Ramírez Rojas, sentencia del 25 de noviembre de 2005, serie C No. 137, párr. 276, y Caso Gómez Palomino v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 22 de noviembre de 2005, serie C No. 136, párr. 136.

³⁵⁰ CIDH: Caso Familia Pacheco Tineo v. Bolivia, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 25 de noviembre de 2013, serie C No. 272, párr. 265

imparcialidad;

c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;

e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;

f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;

h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan”³⁵¹ (subrayado fuera del texto).

La Corte interamericana, recoge tales criterios y ordena como forma de reparaciones dentro de su jurisprudencia medidas como:

i) Educación en derechos humanos en los diferentes niveles, no solo para miembros del Estado, como reiteradamente ha dispuesto en especial para miembros de las fuerzas

³⁵¹ ONU: Comisión Colombiana de Juristas. Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones, Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas, archivo pdf, primera edición, Bogotá, Colombia, enero de 2007, Principios Internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener reparaciones, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, ONU AG Res. 60/147 de 16 de diciembre de 2005 Principio XI, párr. 23 (pág. 227)
http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf

armadas³⁵², y otros agentes estatales como policías, fiscales, jueces y otros funcionarios públicos³⁵³, sino también para escuelas de nivel medio, universidades y para profesionales³⁵⁴;

ii) Cumplir con la obligación de investigar los hechos que generaron violaciones e identificar, juzgar y en su caso sancionar a los responsables de tales violaciones, así como determinar, en caso dado, el paradero de las víctimas además, tal *“obligación debe ser cumplida en un plazo razonable con el fin de establecer la verdad de los hechos”*³⁵⁵.

Respecto de esta obligación que resulta forma indispensable para reparar a las víctimas de violaciones a derechos humanos, en el caso *Gudiel Álvarez v. Guatemala*, así como en otros, se estableció una serie de parámetros que el Estado debe tener en cuenta al momento de cumplir con esta obligación, asegurando principalmente la participación efectiva de las víctimas en las investigaciones a realizar³⁵⁶;

iii) Si las investigaciones ya se encuentran abiertas, *“el Estado deberá utilizar los medios que sean necesarios para continuar eficazmente y con la mayor diligencia las investigaciones abiertas”*³⁵⁷;

³⁵² CIDH: Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) v. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 20 de noviembre de 2012, serie C No. 253, párr. 353; Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C No. 101, párr. 282; Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C No. 250; Caso de la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 24 de noviembre de 2009, serie C No. 211, punto resolutivo décimo segundo; Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia, sentencia de fondo, reparación y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C No. 163, párr. 303

³⁵³ CIDH: Caso Rochac Hernández y otros v. El Salvador, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 14 de octubre de 2014, párr. 244; Caso Familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 25 de noviembre de 2013, párr. 270

³⁵⁴ CIDH: Caso Rochac Hernández y otros v. El Salvador, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 14 de octubre de 2014, párr. 243

³⁵⁵ CIDH: Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) v. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 20 de noviembre de 2012, serie C No. 253; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 22 de septiembre de 2009, serie C No. 202, párr. 181; Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C No. 250, párr. 257.

³⁵⁶ CIDH: Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) v. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 20 de noviembre de 2012, serie C No. 253, párr. 327 y 328.

³⁵⁷ CIDH: Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 20 de noviembre de 2013, serie C No. 270, párr. 440; Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 216; Caso Uzcátegui y otros v. Venezuela, sentencia de fondo y reparaciones, del 3 de septiembre de 2012, serie C No. 249, párr. 248.

iv) Cuando se trata de víctimas del conflicto armado interno, bien porque han ocurrido masacres, desplazamientos internos o amenazas contra su vida o integridad personal, la Corte ha ordenado al Estado adoptar medidas con el fin de garantizar la seguridad de las mismas, siendo estas diseñadas con sus destinatarios³⁵⁸, mientras siguen transcurriendo las investigaciones que tengan como resultado no solo el esclarecimiento de los hechos sino una sanción a los responsables. Dicha protección se ha extendido también a los operadores de justicia como jueces, fiscales, investigadores y demás, así como a los testigos y familiares de las víctimas³⁵⁹.

Estas, son algunas de las medidas que deben tomar los Estados con el fin de garantizar la no repetición de las violaciones a derechos humanos, pero, es necesario resaltar, especialmente una de ellas, esta es, el deber de adecuar el ordenamiento jurídico interno, adoptando *políticas públicas*, tendientes a que ese respeto por los derechos humanos y su protección provenga de los mismos agentes estatales o miembros del Estado.

3.3.3.5. Obligación de adoptar políticas públicas

La jurisprudencia de la Corte interamericana no pasa por alto el hecho de que no cualquier riesgo a la vida constituye responsabilidad para el Estado, el hecho de adoptar medidas positivas para salvaguardar tal derecho implica ciertas dificultades al momento de realizar la *“planificación y adopción de políticas públicas [además de] las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos [pues] las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”*. Es aquí donde se aplica la teoría del riesgo previsible y evitable anunciado en las obligaciones de prevenir vulneraciones a derechos humanos, citadas inicialmente. Recuerda la Corte al respecto, *“para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades*

³⁵⁸ CIDH: Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 275; Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, sentencia del 1 de julio de 2006, serie C No. 148, párr. 404

³⁵⁹ CIDH: Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia, sentencia de fondo, reparación y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C No. 163, párr. 296 y 297

sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no [se] tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”³⁶⁰.

Cuando se ha comprobado que se podían haber tomado medidas tendientes a evitar el daño, y el aparato estatal no las tomó, la Corte declara no sólo la responsabilidad del Estado, sino que además, como medida de reparación y garantía de no repetición, ordena la adopción de políticas públicas tendientes a que se respete, asegure y garantice plena y libremente el desarrollo de todos los derechos fundamentales contenidos en la Convención Americana.

Tal criterio, se ha ido practicando en la jurisprudencia de la Corte en asuntos como i) inmigración aplicadas en el caso *Vélez Loor v. Panamá*³⁶¹; ii) en materia de salud, para que todas las personas sepan sus derechos frente a un servicio que presta el Estado y tiene por fin tutelar un derecho tan fundamental como lo es la vida³⁶², para prevenir la mortalidad materna, iii) para asegurar el cumplimiento y la protección de los derechos de los niños, de tal forma que cualquier decisión tenga siempre en cuenta el interés superior de ellos³⁶³; iv) en materia de derechos de las mujeres y la protección reforzada que merecen, a fin de que se respeten sus derechos en una igualdad de condiciones sin que sean sometidas a discriminación alguna³⁶⁴; v) medidas tendientes a garantizar la actividad que ejercen los

³⁶⁰ CIDH: Caso González y otras (“campo algodoner”) vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, párr. 5; Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párrs. 123 y 124; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 29 de marzo de 2006, serie C No. 146, párr. 155.

³⁶¹ CIDH: Caso Vélez Loor v. Panamá, Párr. 97; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra nota 82, párr. 168.

³⁶² CIDH: Caso Furlán y familiares v. Argentina, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 31 de agosto de 2012, serie C No. 246, párr. 295; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C No. 214, párr. 233.

³⁶³ Caso Mendoza y otros v. Argentina, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 14 de mayo de 2013, serie C 260, párr. 325; Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, serie 17; Caso Bulacio v. Argentina, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 18 de septiembre de 2003, párr. 134; Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala, sentencia de reparaciones y costas, del 26 de mayo de 2001, serie C No. 77, párr. 98.

³⁶⁴ CIDH: Caso González y otras (“campo algodoner”) vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, si bien no declaró la obligación de adoptar políticas públicas, si recordó que es una obligación del Estado adoptarlas, en virtud del artículo 7

defensores de derechos humanos, incluyendo los estándares que deben cumplir las medidas que va a adoptar el Estado³⁶⁵; vi) para determinar el paradero de personas desaparecidas así como los derechos de las familias³⁶⁶; entre otras.

Por otra parte, también se ha desarrollado el concepto de políticas públicas en lo que respecta al uso de la fuerza y las armas por parte de las fuerzas armadas de un Estado, véase en tal sentido lo pronunciado en el caso *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, en el que se dijo que “*existe un deber del Estado de adecuar su legislación nacional y de vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción*”. El Estado debe ser claro al momento de demarcar las políticas internas tratándose del uso de la fuerza y buscar estrategias para implementar los Principios sobre empleo de la fuerza y Código de conducta” adujo también, “*en este sentido debe dotar a los agentes de distintos tipos de armas, municiones y equipos de protección que le permitan adecuar materialmente su reacción de forma proporcional a los hechos en que deban intervenir, restringiendo en la mayor medida el uso de armas letales que puedan ocasionar lesión o muerte*”³⁶⁷.

Ahora, más allá de saber emplear el uso adecuado de la fuerza, la Corte recuerda también el deber de un Estado de “*realizar capacitaciones a sus agentes con la finalidad de que conozcan las disposiciones legales que permiten el uso de las armas de fuego y que tengan el entrenamiento adecuado para que en el evento en que deban decidir acerca de su uso posean los elementos de juicio para hacerlo*”³⁶⁸ (...) Lo anterior es **aplicable también a las**

de la Convención de Belem do Pará y artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 256, 258, 259, 496; Caso Veliz Franco y otros v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 19 de mayo de 2014, serie C No. 277, párr. 274 y ss.

³⁶⁵ CIDH: Caso Defensor de derechos humanos y otros v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de agosto de 2014, serie C No. 283, párr. 263; Caso Luna López v. Honduras, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 10 de octubre de 2013, serie C No. 269, párr. 243

³⁶⁶ CIDH: Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 22 de septiembre de 2009, serie C No. 202, párr. 189

³⁶⁷ CIDH: Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 24 de octubre de 2012, serie C No. 251, párr. 80; Caso Montero Aranguren y Otros, (Retén de Catia) v. Venezuela, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 5 de julio de 2006, serie C No. 150, párr. 66; Caso Familia Barrios v. Venezuela, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 24 de noviembre de 2011, serie C No. 237, párr. 49.

³⁶⁸ CIDH: Caso del Caracazo Vs. Venezuela, sentencia de reparaciones y costas, del 29 de agosto de 2002, serie C No.95, párr. 127; TEDH, Caso McCann y Otros v. Reino Unido [GS], No. 18984/91. Sentencia de 27

*labores de inteligencia (...)*³⁶⁹ (subrayado y negrillas fuera del texto).

Cabe recordar en este aspecto que no basta con adoptar políticas públicas indiscriminadamente, sino por el contrario, es indispensable que las mismas sean *‘efectivas’*³⁷⁰, es decir, cumplan con los fines para los cuales han sido creadas; de no cumplir con este requisito surge responsabilidad del Estado por no adecuar su ordenamiento jurídico interno, al propiciar el irrespeto y desconocimiento de sus obligaciones internacionales frente a la Convención Americana y por ende estaría omitiendo su obligación de garantizar los derechos humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción, desprendida del artículo 1.1.

La obligación de adecuar el ordenamiento jurídico interno, recuerda la Corte, *“a la luz del artículo 2 de la Convención, (...) implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”*³⁷¹.

Más adelante, se volverá a referir este acápite para demostrar la posibilidad de que el Estado puede ser declarado responsable por no adoptar políticas públicas con el fin de dar un entrenamiento adecuado a los miembros de las fuerzas públicas y armadas, garantizando derechos humanos no solo de los particulares, sino también de los miembros de estos grupos legales, al tener conocimiento el Estado de los riesgos que amenazan sus vidas e integridades personales, físicas, y morales, y no adoptar todas las medidas razonables para evitar la transgresión de tales derechos humanos, aplicables a toda persona sin distinción alguna como lo recuerda la Convención Americana en su artículo 1.1.

de septiembre de 1995, párr. 151, y Caso Kakoulli v. Turquía, No. 38595/97. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrs. 109 y 110, cit. por CIDH: Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 24 de octubre de 2012, serie C No. 251, párr. 81

³⁶⁹ CIDH: Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros v. Venezuela, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 27 de agosto de 2014, serie C No. 281, párr. 126; Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C No. 101, párr. 284

³⁷⁰ CIDH: Caso González y otras (“campo algodoner”) vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, párr. 273

³⁷¹ CIDH: Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros v. Venezuela, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 27 de agosto de 2014, serie C No. 281, Párr. 127

3.3.3.6. Medidas de Rehabilitación

Consiste en “la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas y de forma inmediata, el tratamiento psicológico que requieran las víctimas, previo consentimiento informado y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión gratuita de medicamentos. En el caso de que el Estado careciera de ellas, deberá recurrir a instituciones privadas o de la sociedad civil especializadas. Asimismo, los tratamientos respectivos deberán prestarse, en la medida de lo posible, en los centros más cercanos a sus lugares de residencia”³⁷².

Este tipo de medidas resulta imprescindible para “brind[ar] una atención adecuada a los padecimientos psicológicos y físicos sufridos por las víctimas”³⁷³ de violaciones a derechos humanos. En consideración a las circunstancias particulares de cada caso, la Corte ha determinado la creación de programas especializados, tal como se hizo en el caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, donde la Corte ordenó al Estado “crear un programa especializado de tratamiento psicológico y psiquiátrico” para la atención de las víctimas, teniendo en cuenta que “Al proveer el tratamiento psicológico y psiquiátrico se deben considerar las circunstancias particulares de cada persona, las necesidades de cada una de ellas, de manera que se les brinden tratamientos colectivos, familiares e individuales. Dicho tratamiento debe desarrollarse después de una evaluación individual, según lo que se acuerde con cada una de [las víctimas]”³⁷⁴.

3.3.3.7. Daño al Proyecto de Vida

³⁷² CIDH: Caso Hermanos Landaeta Majías y otros v. Venezuela. Párr. 303; Caso de la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 24 de noviembre de 2009, serie C No. 211, párr. 270; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Mapuche) Vs. Chile, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 29 de mayo de 2014, serie C No. 279, párr. 426; Caso Veliz Franco y otros v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 19 de mayo de 2014, serie C No. 277, párr. 280.

³⁷³ CIDH: Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C No. 250, párr. 287; Caso Cantoral Benavides v. Perú, sentencia de reparaciones y costas, de 3 de diciembre de 2011, serie C No. 88, párr. 51. E; Caso Pacheco Teruel y otros v. Honduras, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 27 de abril de 2012, serie C No. 241, párr. 116 a 118.

³⁷⁴ CIDH: Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, sentencia de reparaciones, del 19 de noviembre de 2004, serie C No. 116, párr. 107

La Corte interamericana, habló por primera vez del ‘daño al proyecto de vida’ en el *Caso Loayza Tamayo v. Perú*, en consideración a que hay daños diferentes al lucro cesante y al daño emergente, pues el daño emergente es la “*afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos*”, el lucro cesante, que podría llegar a confundirse con el daño al proyecto de vida, “*se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas*”³⁷⁵.

Adujo en el mismo sentido:

*“El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”*³⁷⁶. (...) “*la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses*”³⁷⁷. (...) “*Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la*

³⁷⁵ CIDH: Caso Loayza Tamayo v. Perú, sentencia de reparaciones y costas, del 27 de noviembre de 1998, serie C No. 42, párr. 147

³⁷⁶ CIDH: Caso Loayza Tamayo v. Perú, sentencia de reparaciones y costas, del 27 de noviembre de 1998, serie C No. 42, párr. 148

³⁷⁷ CIDH: Caso Loayza Tamayo v. Perú, sentencia de reparaciones y costas, del 27 de noviembre de 1998, serie C No. 42, párr. 150

situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la restitutio in integrum”³⁷⁸.

Sin embargo, a pesar de hacerse tal reconocimiento, en ese caso la Corte no adoptó ninguna medida tendiente a reparar ese daño al proyecto de vida, por considerar que no se podía hablar aun de una indemnización al respecto.

Más adelante, encontramos el caso *Niños de la Calle v. Guatemala*, en donde se reconoce el daño al proyecto de vida de los familiares y de los jóvenes asesinados, como otra de las características a tener en cuenta para el quantum de los daños inmateriales causados a las víctimas³⁷⁹.

El siguiente caso fue el de *Gutiérrez Soler v. Colombia*, donde se dijo que no era dable cuantificar el daño al proyecto de vida sufrido por el señor Wilson Gutiérrez Soler, pero, se compensaría mediante medidas de satisfacción y garantías de no repetición, aunque *“ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado*”³⁸⁰.

En el caso *Gómez Palomino v. Perú*, acogiendo la Corte a tal criterio, ordenó la asignación de becas para las hijas del señor Palomino, con el fin de que pudiesen terminar sus estudios, ello lo aplicó mediante medidas de satisfacción³⁸¹.

Un caso reciente que vuelve a hablar sobre el daño al proyecto de vida, es el de *Furlán y familiares v. Argentina*, donde la Corte dijo: *“Respecto al presunto “daño a la vida de*

³⁷⁸ CIDH: Caso Loayza Tamayo v. Perú, sentencia de reparaciones y costas, del 27 de noviembre de 1998, serie C No. 42, párr. 151

³⁷⁹ CIDH: Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala, sentencia de reparaciones y costas, del 26 de mayo de 2001, serie C No. 77, párr. 88 y 89

³⁸⁰ CIDH: Caso Gutiérrez Soler v. Colombia, sentencia de 12 de septiembre de 2005, serie C No. 132, párr. 89

³⁸¹ CIDH: Caso Gómez Palomino v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 6 de abril de 2006. Serie C N°. 136 párr. 207

relación” alegado por los representantes en el caso de Sebastián Furlán, tomando en cuenta el contenido del alegato, la Corte interpreta esta expresión en relación con el denominado daño al “proyecto de vida”, que atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El proyecto de vida se expresa en las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales. Esta Corte ha señalado que el “daño al proyecto de vida” implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Dicho daño se deriva de las limitaciones sufridas por una persona para relacionarse y gozar de su entorno personal, familiar o social, por lesiones graves de tipo físico, mental, psicológico o emocional. La reparación integral del daño al “proyecto de vida” generalmente requiere medidas reparatorias que vayan más allá de una mera indemnización monetaria, consistentes en medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición (...)”³⁸².

De tal forma, el daño al proyecto de vida ha tenido distintas formas de reparación a la luz de los casos de la Corte interamericana, pues en atención a la particularidad de los hechos y los derechos vulnerados es que se adoptan medidas tendientes a restablecer los derechos conculcados. Hasta este punto, se puede ver a grandes rasgos las distintas medidas que ha ordenado la Corte interamericana para obligar a cada uno de los Estados parte de la Convención Americana cumplir con su deber de reparar cuando se ha causado un daño con su actuar, que constituye a la luz del derecho internacional un hecho ilícito.

4. Nuevo enfoque: El Estado Garante

Los primeros llamados a realizar todas las reparaciones, garantizando la efectiva protección de los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción, serán los Estados, pues tal como lo recuerda SANTOFIMIO GAMBOA, parte del nuevo Estado que funge

³⁸² CIDH: Caso Furlán y familiares v. Argentina, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 31 de agosto de 2012, serie C No. 246, párr. 285

como principal garante, a partir de la cláusula de responsabilidad consignada en el artículo 90³⁸³ de la Constitución Política de Colombia y con base en el artículo 93 de la misma Carta, tiene el deber de asumir una obligación de adecuar todo el ordenamiento jurídico interno así como las conductas de los agentes estatales y de todas las ramas del poder público para que hagan respetar no solo lo consignado en cartas constitucionales, sino también lo establecido por ese derecho internacional de los derechos humanos del que se ha venido referenciando³⁸⁴.

A ello, lo llamó él, la sustentación de un verdadero '*garantismo constitucional*'³⁸⁵, que en esta obra deberá llamarse '*garantismo convencional*', debido a que la responsabilidad y las obligaciones que surgen para cada una de las ramas del poder público y en general para todos los miembros del Estado no se agota en lo reconocido por la Constitución Política, sino que trasciende a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado y plasmadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos de derechos humanos, sin que ello desconozca la Carta Política que funge a Colombia como Estado Social de Derecho.

Se recuerda que en tanto se trate de derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica u otros tratados internacionales, que sean inderogables o de núcleo duro o *ius cogens*, hacen parte inmediatamente del ordenamiento jurídico interno, lo que significa que ante cualquier contradictorio que se presente entre una norma interna, sin importar su rango, y una disposición convencional, debe aplicarse la convencional en pro del principio *pro persone o pro homine*, es decir, se prefiere el ordenamiento internacional al ordenamiento interno, en lo que una corriente doctrinal reconoce hoy como la Internacionalización Constitucional.

³⁸³ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 90: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

³⁸⁴ ALLAN R. BREWER-CARÍAS y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pág. 134

³⁸⁵ ALLAN R. BREWER-CARÍAS y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pág. 132

El nuevo Estado tiene entonces por enfoque asegurar la dignidad humana de cada uno de sus asociados, pues grandes, persistentes e históricas han sido las luchas para lograr que la dignidad del ser humano se garantice desde todos sus ámbitos sin importar la posición social de una persona, un grupo social como lo serían los niños, las mujeres, o los históricamente marginados, lo que significa, que si bien *“el Estado no es un asegurador universal, simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que exige ya no sólo la garantía de los derechos y libertades, sino su protección eficaz, efectiva y la procura de una tutela encaminada a cerrar la brecha de las debilidades del Estado”*³⁸⁶ frente a las personas sometidas a su jurisdicción.

Es por ello, que el Estado, como garante, debe asegurar la protección de cada uno de los derechos reconocidos por la Convención, previniendo, cuando sea razonable, todas las amenazas de daño que surjan contra los mismos, pues *“las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado”*³⁸⁷.

5. Modificación de la ecuación de la responsabilidad extracontractual del Estado, ante la aplicación del control de convencionalidad

Sostiene el tratadista y actual Consejero de Estado Jaime Orlando Santofimio que para el Estado surge un deber de reparar de manera proporcional e integral al daño producido, en virtud de la cláusula de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política y que, en consecuencia, al juez sólo lo obliga esta cláusula y la aplicación de las normas internacionales aprobadas por Colombia, en virtud de lo establecido en el artículo 93 del mismo ordenamiento. En este sentido, hasta el momento se ha planteado el elemento

³⁸⁶ ALLAN R. BREWER-CARÍAS y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pág. 196

³⁸⁷ ALLAN R. BREWER-CARÍAS y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pág. 197

de la imputación acogiendo la posición francesa, con sus dos clases, la imputación objetiva y la imputación subjetiva, de las que, en últimas surgían los regímenes de responsabilidad expuestos en los capítulos anteriores, buscando siempre a quien atribuirle la responsabilidad de los hechos generadores de los daños que se reclaman.

El mencionado tratadista, con lógica razón, expone que la cláusula de responsabilidad del artículo 90 no establece título alguno para efectos de imputar la responsabilidad al Estado, por lo tanto, debe analizar el caso particular frente a la responsabilidad y ocurrencia del daño antijurídico y como se le atribuye a la entidad pública, sin que sea necesario imputar un título o régimen de responsabilidad, apoyándose para este efecto en una sentencia del Consejero de Estado Hernán Andrade. En consecuencia, la causalidad no es un elemento de la responsabilidad, sino un instrumento para explicar la sentencia o el fallo, como si lo es la importancia jurídica del Estado como garante y en virtud de sus propios deberes, el causalismo, sostiene Santofimio, puede desconocer el derecho de las víctimas³⁸⁸.

Comparto la posición del tratadista porque la suma de los dos postulados constitucionales consagrados en el artículo 90 como cláusula de responsabilidad y 93 como control de convencionalidad, nos lleva a entender que se debe verificar la existencia del hecho, del daño antijurídico causado y de la obligación del Estado de repararlo de manera integral, debiendo en consecuencia modificar la ecuación de responsabilidad, para proponer la siguiente:

DAÑO ANTIJURIDICO--→ HECHO IMPUTABLE A: ESTADO-----→ DEBER DE REPARAR
FUERZA MAYOR→ EXONERA DE RESPONSABILIDAD
CULPA DE LA VICTIMA -----→ DEBER DE REPARAR
CULPA DE UN TERCERO -----→ DEBER DE REPARAR

Esta nueva ecuación de responsabilidad, más plana, obliga al funcionario judicial a hacer el análisis de la antijuridicidad del daño en primera medida, para luego hacer la imputación determinando si ella recae en el Estado, en un evento de fuerza mayor, en culpa de la propia víctima o en la culpa de un tercero, para sí ordenar la reparación o exonerar de ella en el

³⁸⁸ www.consejodeestado.gov.co conferencias virtuales.

caso la fuerza mayor, pudiendo, así mismo, determinar si existe o no la concurrencia de culpas del Estado con la víctima o un tercero y, de esta manera ordenar la reparación integral mediante la compensación del daño, determinando en que proporción deberán reparar los concurrentes en la ejecución del hecho que produce el daño.

Este planteamiento que hago de la nueva ecuación de responsabilidad es producto de la aplicación del control de convencionalidad.

6. Responsabilidad del estado frente a miembros de sus fuerzas públicas

En razón a ese enfoque garantista que toma el Estado moderno, la jurisprudencia colombiana, en especial la del Consejo de Estado, ha creado una línea donde le atribuye responsabilidad al Estado cuando se han vulnerado derechos a la vida e integridad personal, por no haber adoptado medidas o haber desplegado actuaciones tendientes a salvaguardar esos derechos de los militares, soldados o policías.

Para llegar a tal punto, los magistrados colombianos han tenido en cuenta diversos criterios, partiendo de la cláusula de responsabilidad del Estado, que se encuentra en el artículo 90 de la Carta Política, para hacer el análisis de los hechos de cada caso en concreto, determinando la i) existencia de un daño antijurídico³⁸⁹, y la consecuente ii) imputabilidad al Estado de ese daño, bien porque lo haya cometido por acción u omisión.

Frente a los miembros de las fuerzas públicas, distintos son los casos en donde se declara responsable al Estado colombiano por transgredir los derechos humanos al no adoptar medidas tendientes a evitar la producción del daño, cuando ha tenido conocimiento de la existencia de un riesgo real e inminente que afecta a una persona o a un grupo de personas, y no despliega acciones, tales como mandar refuerzos humanos o armamento adecuado y

³⁸⁹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección c, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 19195, sentencia de 31 de agosto de 2011. “Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida”.

necesario para contrarrestar los ataques de grupos subversivos, guerrilleros o simplemente delincuenciales contra bases militares, estaciones o comandos de policía, o sitios que alberguen miembros de las fuerzas armadas.

Sobre el **daño antijurídico** analizado, no desde la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración (Estado), sino en la obligación de soportarlo o no que tiene una persona³⁹⁰, al respecto, el Consejo de Estado parte del supuesto de que el deber de una persona que es miembro de las fuerzas armadas, ya sea de manera voluntaria u obligatoria como ocurre con la prestación obligatoria de servicio militar, es con el fin de cumplir un deber constitucional de salvaguardar la seguridad nacional, la democracia y la integridad de los ciudadanos, pero, ello no quiere decir que renuncian a sus derechos humanos fundamentales, pues *“el poner en riesgo la **vida** y la **integridad personal** de un ser humano sobrepasa su deber de soportar tal daño, por eso, resulta un daño antijurídico”*³⁹¹ (negrilla fuera del texto). Esto es lo que se ha conocido como igualdad frente a las cargas públicas como sustento de la actividad administrativa o del Estado.

Lo anterior, ha sido reconocido en el caso de Luis Alberto Saavedra y otros contra el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de Colombia, donde se declaró responsable al demandado por la omisión de adoptar medidas para contrarrestar el ataque que sufrió la Estación de Bombeo Guamez del municipio de Orito – Putumayo por parte de guerrilleros de las FARC. A pesar de que se tenía conocimiento previo del riesgo inminente, no se destinaron refuerzos para los soldados que se encontraban allí el 15 de julio de 1994 cuando ocurrió el ataque, lo que desencadenó en la muerte, entre otros, del señor Saavedra. En esta sentencia se dijo:

*“(…) a los miembros de los cuerpos de defensa y seguridad del Estado le es exigible el **cumplimiento de deberes** cualificados de defensa de la “soberanía,*

³⁹⁰ Consejo de Estado, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes acumulados 23942 y 24775, sentencia de 30 de enero de 2013

³⁹¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección c, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 19195, sentencia de 31 de agosto de 2011

independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” al igual que les corresponde velar por el “mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas” conforme a los postulados constitucionales (artículos 217 y 218 Constitución Política); es así como el cumplimiento de tales fines legítimos trae por consecuencia que en variados casos se exija de los miembros de los órganos de seguridad la ejecución de actividades que, en pro del bienestar general y la seguridad, revisten una amenaza de lesión a uno o varios intereses jurídicamente tutelados para los agentes del Estado.

*A este respecto, el precedente de la Corporación ha sostenido que **en cada caso deben precisarse las actividades que ejercen los miembros de la fuerza pública para determinar el nivel del riesgo al que se expone el agente del Estado**, en los siguientes términos:*

“también corresponde advertir que no todos los integrantes de la Fuerza Pública asumen los mismos riesgos y que por esa razón, a efectos de determinar en un evento concreto ese ‘riesgo profesional’, necesariamente ha de tenerse en cuenta la naturaleza de las funciones, la de las actividades y la de la misión que al momento de los hechos le correspondía ejecutar, de conformidad con la labor escogida y la institución a la cual se vinculó”” (negrilla fuera del texto).

El Consejo de Estado, en cuanto a la soportabilidad del daño, la ha analizado realizando un test de proporcionalidad para indicar cuándo le era dable a la persona soportar un riesgo o no, pues de no existir ese deber de soportar, se da inmediatamente el daño antijurídico. Así lo entiende tal corporación al decir que:

“(…) será proporcional y constituirá un riesgo ordinario asumido por los miembros de la fuerza pública los peligros que entrañe su función, siempre que i) la actividad desplegada esté acompañada de la adopción de las medidas técnicas y tácticas necesarias para la salvaguarda de sus derechos; ii) se enfrenten a riesgos

anónimos, esto es, que sean generales y no que particularmente sean padecidos por un sujeto o grupo singular, y iii) se cuente con la formación profesional adecuada para afrontar los mismos.”³⁹² (Subrayado fuera del texto).

En otros casos, como el de Carlos Enrique Hidalgo Vargas y otros contra la Nación, cuyos hechos giran en torno a un ataque realizado el día 21 de diciembre de 1997 por más de doscientos hombres pertenecientes al grupo subversivo de las FARC, contra la Compañía Militar ubicada en el Cerro de Patascoy de la ciudad San Juan de Pasto; se declara responsable a la demandada por el incumplimiento al deber de salvaguardar el derecho a la vida e integridad personal de los miembros del ejército encontrados allí el día del suceso catastrófico, pues tal como se desprendió de las pruebas, otros comandantes tenían conocimiento previo de que ese ataque iba a ocurrir y sin embargo, no desplegaron acciones tendientes a evitar ese ataque o mitigar los daños que pudiesen ocurrir, pues en ese caso debieron haber actuado enviando refuerzos proporcionales para contrarrestar el riesgo. Producto de tal omisión, fallecieron tres miembros de las fuerzas armadas, entre ellos, dos eran soldados que prestaban servicio militar obligatorio.

El énfasis que se realiza en este caso, frente a la no renuncia de los derechos humanos por parte de los miembros de las fuerzas públicas, es el siguiente:

“queda claro que la prestación del servicio militar en cualquiera de sus modalidades es una de aquellas obligaciones genéricas a las que debe responder todo ciudadano con el objetivo de preservar la democracia como ingrediente esencial del Estado y, a la que no puede negarse por tratarse de la forma en la que se ratifica el postulado básico del contrato social rousseauiano

(...)

Pero como todo ciudadano, aquél que presta el servicio militar en cualquiera de sus modalidades no queda excluido de las mínimas garantías reconocidas

³⁹² Consejo de Estado, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes acumulados 23942 y 24775, sentencia de 30 de enero de 2013

constitucionalmente y al respeto de los derechos humanos que no mutan por tratarse de personal militar, ya que no cabe establecer distinción, discriminación o aplicación diferente, como sucede al sostenerse el concepto de “acto de servicio” (...)

La protección de la vida “se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados”. En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional sostiene, “En este orden de ideas, las autoridades militares deben poner todo el empeño y diligencia posible para proteger la vida de los soldados colombianos, y hacer todo lo que esté a su alcance para que su estadía de éstos (sic) en el Ejército Nacional sea lo más humana, dignificante y enriquecedora”. (...) Precisamente, la idea de procurar una estancia humana, dignificante y enriquecedora es la manifestación concreta según la cual los soldados que prestan el servicio militar obligatorio no renuncian a sus derechos fundamentales, ya que como se sostiene en el precedente jurisprudencial constitucional, “Si bien los derechos, y particularmente los considerados como fundamentales, no se pueden desconocer en su esencia bajo ninguna situación, no se vulneran cuando se regulan para su adecuado ejercicio, ni tampoco cuando se limitan por la ley o la misma Carta para viabilizar el cumplimiento de los deberes que la Constitución le impone a las personas en beneficio de la colectividad o al servicio del Estado” (...)

*El militar, por el mismo hecho de su responsabilidad, debe asumir las eventuales consecuencias, claramente riesgosas e impredecibles en muchos casos, que para su integridad, su libertad personal y aun su vida comporta la vinculación a filas. Pero, los deberes exigibles a las personas no pueden hacerse tan rigurosos que comprometan el núcleo esencial de sus derechos fundamentales, pudiendo ser éstos preservados. Si el riesgo para la vida o la integridad no resulta imperioso o necesario, considerada la situación concreta, no ha de propiciarse su exigencia. **El deber de arriesgar la vida no es absoluto.** En relación con los deberes, únicamente pueden ser exigibles en su integridad cuando el obligado a ellos está en capacidad efectiva de cumplirlos, pues, al igual que los derechos, también tienen sus límites.*

Deben existir diferentes niveles en los cuales se puede cumplir con la obligación constitucional de tomar las armas teniendo en cuenta el entrenamiento, disposición y aptitudes de quien va a defender la independencia, soberanía e integridad institucional”.

(...)

De ahí, pues, que se sostiene que el Ejército puede estar incurso en la violación de los derechos fundamentales de los soldados cuando no cuentan con la preparación suficiente, (...) “El Ejército Nacional sí atenta contra el derecho fundamental a la vida de los soldados bachilleres, o al menos lo amenaza de manera ostensible, cuando i) envía soldados menores de edad a zonas donde se pueden estar presentando combates o cuando ii) envía a los soldados mayores de edad, sin la preparación militar, técnica y psicológica suficiente, a zonas especialmente conocidas por la presencia de grupos guerrilleros (...) Doctrinalmente se ha dicho que aquel que cumple, ejerce o realiza una misión o deber público se beneficia de los derechos fundamentales pese a que subsistan limitaciones”³⁹³.

El mismo caso, mencionando la jurisprudencia de la Corte Europea, respecto de la *doctrina de las limitaciones inherentes*, - la cual consiste en que ciertas personas por la actividad que ejercen deben privarse del goce de ciertos derechos fundamentales, como lo son los estudiantes, agentes del estado-, recuerda que resulta inaplicable cuando se trata de detenidos o militares³⁹⁴, así lo dijo en los siguientes términos:

“La Corte ha proclamado el principio según el cual toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado contratante debe beneficiarse, según los términos del artículo 1º de la Convención, de los derechos garantizados, poco importa la situación particular de sujeción en la que aquella se encuentre. Por tanto, las injerencias en el ejercicio de estos derechos deberán ser objeto de un control en

³⁹³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio. Expediente 31250, sentencia de 20 de octubre de 2014

³⁹⁴ CEDH: Caso Grigoriades c. Grecia, de 25 de noviembre de 1997. Cit. por Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio. Expediente 31250, sentencia de 20 de octubre de 2014.

consideración de los criterios de derecho común establecidos por las disposiciones de la Convención”³⁹⁵.

En el sistema interamericano, se aplicaría lo concerniente a la Convención Americana, según lo establecido en artículo 1.1 y 27 del mismo.

De esta manera, queda constituida la forma en que se da el llamado daño antijurídico, y se analiza luego si el mismo es **imputable al Estado**.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional colombiana opta por realizar tal estudio a la luz del principio de imputación objetiva, consistente en que en la sociedad existen ciertos deberes de garante que surgen bien i) por la creación de un riesgo próximo para la víctima, en cuyo caso el único llamado a evitar la realización del riesgo es quien lo crea, y ii) aquel que surge de ciertas instituciones sociales. Para el tipo de responsabilidad estatal, es aplicable el segundo tipo de donde surge la posición de garante, pues tal como previamente quedó establecido, el Estado, como garante que es frente a todas las personas, tiene la obligación de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a todas las personas que se encuentren sometidas a su jurisdicción, sin discriminación alguna, (artículo 1.1 de la Convención Americana), adoptando todas las medidas necesarias o adecuando su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de tal Convención, si no estuvieren ya afirmadas (artículo 2).

Adicionalmente, es el Estado el llamado a adoptar todas las medidas positivas con la finalidad de evitar la perpetración a derechos humanos tales como la vida o la integridad personal. Así se encuentra plasmado en la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que consagra: *“los Estados tienen la suprema*

³⁹⁵ LOMBAERT, Bruno. “Les fonctionnaires renoncent-ils aux droits fondamentaux?”, en DUMONT, Hugues; OST, Francois; VAN DROOGHENBROECK, Sebastien (dir). La responsabilité face cachée des droits de l’homme. Burxelles, Bruylant, 2005, pp.483 a 500. Cit. por Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio. Expediente 31250, sentencia de 20 de octubre de 2014

*obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causan la pérdida arbitraria de vidas humanas”, “lo que se corresponde, siguiendo la misma Observación, con la exigencia de extender dicha obligación a los propios miembros de las fuerzas militares, que participan en condición de soldados profesionales, de manera que se comprenda que la “expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas”*³⁹⁶.

Por otra parte, resulta apremiante resaltar lo expresado por el Consejo de Estado, en el caso de la *Masacre de las Delicias*, cuyos hechos giran en torno al ataque sufrido el 30 de agosto de 1996 por el grupo subversivo de las FARC conformado por 200 personas con el fin de tomarse la base militar de las “Delicias”, ubicada en la jurisdicción del municipio de la Tagua – Putumayo, base que contaba con deficiencias de infraestructura y de apoyo de armamento para contrarrestar tal ataque. Dentro de los hechos, se demuestra la negligencia por parte del Estado para brindar apoyo antes y durante el ataque. Producto del mismo, resultaron muertos, heridos y algunos soldados como rehenes. La sentencia se pronunció frente al caso del joven Omar León Molina Castro y sus familiares, por la afectación sufrida en su integridad personal, psíquica y moral, debiendo resaltar en ella la incorporación del concepto del **ciudadano-soldado** que permite entender que los miembros de la fuerza pública, en su condición de tales, son sujetos activos de todos los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales suscrito por Colombia, pronunciamiento que se hizo en los siguientes términos:

“no cabe duda que al ciudadano-soldado le es aplicable la exigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos según la cual también puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre

³⁹⁶ ONU: Observación General No. 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 6 – Derecho a la vida, HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982), cit. por Consejo de Estado, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes acumulados 23942 y 24775, sentencia de 30 de enero de 2013

individuos.

(...)

En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que: “Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”³⁹⁷.

Igualmente en su opinión consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, la Corte señaló que “[...] se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”³⁹⁸.

³⁹⁷ CIDH: Caso *Moiwana v. Suriname*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 15 de junio de 2005, serie C No. 124, párr. 124; Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, serie C No. 109, párr. 183; Caso *Maritza Urrutia v. Guatemala*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, serie C No. 103, párr. 71; Caso *Bulacio v. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C No. 100, párr. 111. Cit. por Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 18747, sentencia de 25 de mayo de 2011

³⁹⁸ CIDH: Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párr. 140. Cit. por Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 18747, sentencia de 25 de mayo de 2011

Ahora bien, merece especial mención que el deber de prevención por parte del Estado, abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales³⁹⁹, que actuando puedan producir violaciones a los derechos humanos, sin que el Estado se haya correspondido con su ineludible obligación positiva. Dicha obligación comprende (...) [el deber de adoptar] medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención, especialmente respecto al despliegue de su propia fuerza militar y de los miembros que la componen (...) de tal manera que los derechos humanos que le son inherentes sean efectiva, eficaz y adecuadamente protegidos”⁴⁰⁰.

Este deber de prevención ha sido resaltado reiteradamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al declarar responsable internacionalmente a un Estado a la luz del artículo 2 de la Convención Americana, que por omisión suya ha permitido vulneraciones a derechos humanos, luego como se ha venido señalando, no todos los riesgos son imputables al Estado, en razón de tal situación, la jurisprudencia colombiana acoge ese mismo criterio en lo pertinente:

“No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares

³⁹⁹ CIDH: Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C No. 4, párr. 166; Caso Perozo y otros v. Venezuela, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 28 de enero de 2009, serie C No. 195, párr. 149; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 22 de septiembre de 2009, serie C No. 202, párr. 63; Caso González y otras (“campo algodónero”) vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, párr. 252. Cit. por Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 18747, sentencia de 25 de mayo de 2011

⁴⁰⁰ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 18747, sentencia de 25 de mayo de 2011

en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía⁴⁰¹ ”⁴⁰².

Continúa con la obligación de adoptar medidas positivas frente a hechos que amenacen el derecho a la vida o integridad personal, de la siguiente manera:

“Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención Americana de Derechos Humanos y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre⁴⁰³. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las

⁴⁰¹ CIDH: Caso González y otras (“campo algodonero”) vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, párr. 280; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 123; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 29 de marzo de 2006, serie C No. 146, párr. 155; y Caso Valle Jaramillo y otros v. Colombia, sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C No. 192, párr. 78. Cit. por Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 18747, sentencia de 25 de mayo de 2011

⁴⁰² Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 18747, sentencia de 25 de mayo de 2011

⁴⁰³ CIDH: Caso Baldeón García v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 6 de abril de 2006, serie C No. 147, párr. 81; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 29 de marzo de 2006, serie C No. 146, párr. 154; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 111. Cit. por Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 18747, sentencia de 25 de mayo de 2011

condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida (...)

*La observancia del artículo 4, en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción*⁴⁰⁴ *(incluidos los ciudadanos-soldados).*

Las obligaciones asumidas por los Estados Miembros en relación con la protección del derecho a la vida en la implementación de la política pública sobre seguridad ciudadana, pueden incumplirse especialmente en dos tipos de situaciones: (1) cuando el Estado no adopta las medidas de protección eficaces frente a las acciones de particulares que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la vida de las personas que habitan en su territorio; y (2) cuando sus fuerzas de seguridad utilizan la fuerza letal fuera de los parámetros internacionalmente reconocidos (...)

*Para que tenga lugar el incumplimiento de la primera situación es caso necesario que las autoridades hubieran tenido conocimiento, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitarlo.*⁴⁰⁵

Es de esta manera, que se ha establecido ampliamente la responsabilidad estatal por hechos terroristas o delincuenciales dentro del Estado colombiano, con el fin de reparar a todos aquellos que han sido víctimas directas e indirectas de los mismos.

⁴⁰⁴ CIDH: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 144; Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 25 de noviembre de 2006, serie C No. 160, párr. 237; Caso Vargas Areco v. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C No. 155, párr. 146, párr. 75. Cit. por Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 18747, sentencia de 25 de mayo de 2011.

⁴⁰⁵ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 18747, sentencia de 25 de mayo de 2011.

Lo anterior, no obsta para que a futuro se configure la responsabilidad internacional de un Estado por no adoptar medidas tendientes a salvaguardar derechos fundamentales de miembros de sus fuerzas armadas. Sería el claro ejemplo, el no adoptar políticas públicas para brindarles adiestramiento adecuado a aquellos que participan en la defensa pública y del territorio nacional, o, que habiéndolas adoptado, las mismas no resulten eficaces.

Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones convencionales del Estado colombiano está la de adoptar políticas públicas tendientes a evitar la violación de derechos humanos, en este caso particular, para los miembros de las fuerzas militares, paso ahora a analizar si dentro de la política pública de seguridad para la prosperidad se han incorporado elementos tendientes a proteger a los miembros de las Fuerzas Armadas contra los ataques de las organizaciones insurgentes, específicamente.

7. Análisis de la política pública integral y defensa para la prosperidad del actual Gobierno Nacional

De acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo, “prosperidad para todos”, del gobierno del Presidente Juan Manuel Santos Calderón, uno de los mayores retos durante el periodo comprendido entre los años 2010-2014, fue buscar la consolidación de la paz a través de la política pública para la seguridad y defensa, en donde estableció una serie de responsabilidades para lograr “la prosperidad democrática”, siendo estas: i) La seguridad a las locomotoras para la prosperidad; ii) Derrotar a los grupos armados al margen de la ley; iii) La lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado; iv) La mejora en la seguridad ciudadana; v) La defensa nacional y la modernización del sector defensa para fortalecer el Estado Social de Derecho y la legitimidad de las instituciones democráticas; estos objetivos planteados fueron la base para la construcción de la política pública de seguridad. Paso a continuación a adelantar el análisis de la política pública, teniendo en cuenta los elementos expuesto en el capítulo primero de este escrito.

7.1. Identificación, construcción de problemas y agenda política ⁴⁰⁶

La sociedad genera un sin número de problemas día a día y su posible solución depende de la interacción de los diferentes entes que la componen, sean públicos o privados. En la mayoría de los casos el legitimado para dar la mayor respuesta para la solución de los problemas es el Estado, porque es el responsable de la construcción e implementación de las políticas públicas destinadas a alcanzar los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política. Es así que este debe identificar los problemas que puede solucionar tanto a corto y mediano, como a largo plazo, de acuerdo con las condiciones de acceso en la población y a los mecanismos de inclusión para anotarlos en la agenda nacional.

El término agenda se utiliza para indicar “*el conjunto de problemas percibidos que necesitan un debate público, o incluso la intervención (activa) de las autoridades públicas legítimas*”⁴⁰⁷. Es con ella que el gobierno organiza los eventos y conoce problemas para darles una posible respuesta. Dependiendo del gobierno, pueden existir varias agendas: la formal, la informal u oculta, la agenda clásica y la coyuntural, estudiando temas precisos que afectan al país en sitios territoriales o en sectores determinados donde las autoridades posiblemente no estaban preparadas para la atención de esos problemas o no se había previsto el surgimiento de los mismos.

El reconocimiento del problema se observa en las luchas tanto sociales como políticas que buscan hacer más visible los intereses de determinados grupos; se entrevé la tensión generada entre el ser y el deber ser. El autor Lenoir⁴⁰⁸ establece tres fases en la construcción de los problemas. Primero, se necesita una transformación en la vida cotidiana de los individuos que genere una situación de tensión anormal convirtiéndose de un problema individual a uno social o colectivo, como segunda fase se formule el problema a

⁴⁰⁶ ROTH Deubel, André-Noël Políticas Públicas, Formulación, implementación y evaluación, Bogotá, Aurora, 2002, p.

⁴⁰⁷ PADIOLEAU J., L'Etat au concret, PUF, París, 1982.

⁴⁰⁸ LENOIR, Remi, 1986, “groupes de pression et groupes consensuels. Contribution á une analyse de la formation du droit” en Actes de la Recherche en Sciences sociales, 64, pp30-39.

través de grupos donde lo definan y tengan la capacidad de establecer que es lo querido por el grupo afectado a través de los diferentes medios de comunicación, es decir, establecen los elementos que afectan el grupo y las posibles soluciones que se dan al problema. La tercera fase se genera cuando se busca institucionalizar el problema, que es la intervención pública plasmada en leyes y reglamentos (actos administrativos de carácter general).

Definir el problema debe ser una tarea seria en donde el gobierno, las redes sociales involucradas en el tema (sindicatos, asociaciones, etc.), universidades y centros de investigación sean los encargados de dar todos los elementos para conocer el problema y de las variables que tengan, a través de preguntas simples, la definición del problema puede ser más sencilla conociendo: i) su naturaleza, ii) las causas, iii) la duración, iv) la dinámica, v) los afectados, vi) las consecuencias del problema; implica recolectar información y realizar sondeos sobre la elementos que los afectan y de los actores que hacen parte de él.

Después de conocer los elementos del problema debe inscribirse en la agenda política por medio de los modos de inscripción. Se debe tener en cuenta que el problema puede tener varias estrategias y soluciones dependiendo de los interés de los actores; es así que la agenda no está supeditada al orden estricto, sino a los posibles cambios que se puedan generar. Existen modelos para la inscripción en la agenda relacionados entre ellos de acuerdo con el tiempo y los elementos que dominan en cada uno. Cobb y Elder⁴⁰⁹ consideran que existen tres condiciones para que un problema sea inscrito: i) el tema debe ser de competencia de las autoridades públicas; ii) la distancia entre el ser y el deber ser sea notable para exigir una acción política y, iii) debe ser presentado bajo un código o lenguaje adecuado para que la autoridad pública pueda tratarlo; a partir de este análisis se clasifican según los objetivos perseguidos como: *a) El reajuste: existe un desequilibrio que pone en desventaja a un grupo determinado; b) La explotación: los diferentes actores políticos toman un problema como suyo para sacarle ventaja; c) La reacción a una circunstancia: un evento particular busca que se replantee una política; d) La mejora: grupos políticos asumen un tema sin tener interés en nombre del interés publico.*

⁴⁰⁹ Cobb y Elder

Las fuentes para conseguir la inscripción en la agenda puede ser externa al estado y a sus instituciones, denominado “*modelo de la demanda*” y la otra interna al estado y a sus instituciones con el modelo de la “*oferta administrativa*”. El modelo de demanda es manejado por grupos sociales que solicitan la intervención del estado y a su vez generan la intervención de otros grupos que comparten o son disidentes en sus intereses. Este modelo personifica al Estado Democrático por la participación pero a su vez no permite la igualdad entre los grupos sociales, ya que cada uno busca la satisfacción de sus intereses. De acuerdo con Chevallier⁴¹⁰, existen diferentes grupos sociales llamados empresarios, que cumplen con una posición estructural en la sociedad y con una tarea de intermediación como lo son: los mediadores políticos personificados en partidos políticos o gremios de presión realizando tareas como filtrar, codificar y agregar las demandas de información para unificarlas en un pliego de peticiones; los mediadores sociales son los representantes que, por su posición estratégica en la sociedad, generan legitimidad social como los intelectuales, científicos y personas que, por su influencia, logran generar mayor contenido en los debates. Los mediadores administrativos son los funcionarios públicos que logran ser portadores de demandas por su labor administrativa o sus intereses propios y es en esta posición donde no se diferencian del todo la posición de la oferta o de la demanda, ya que en ocasiones se genera un camino invertido entre la oferta y la demanda pues la administración trata de condicionar y crear necesidades para beneficio propio o del grupo a través del cual se accedió a la posición pública, ya de representación popular, ora de nombramiento directo dentro del escalafón burocrático del Estado.

Lograda la atención de las autoridades públicas estas pueden aceptar el hecho de tratar el problema inscribiéndolo en la agenda o rechazándolo. En el primer supuesto, el reconocer el problema, no quiere decir que lo solucionarán ya que pueden dar respuestas simbólicas, argumentos de fuerza mayor o darle una solución al problema superficial, pero en otros casos pueden asumir el problema. Por otra parte el rechazarlo a solucionarlo establece diferentes opciones para la administración, como resistir a la presión a través de respuestas y comunicaciones que tiendan a demostrar la inexistencia del problema, el desprestigio de

⁴¹⁰ CHEVALLIER, Jaques, 1986, Science Administrative, París, PUF, Coll.Thémis.

los grupos o la búsqueda de sectores para deslegitimar que proviene de un grupo amplio. Consiste la inscripción del problema y su solución, en un juego de estrategias en donde se procuran incrementar los mayores resultados, con relación a los intereses que tenga el grupo.

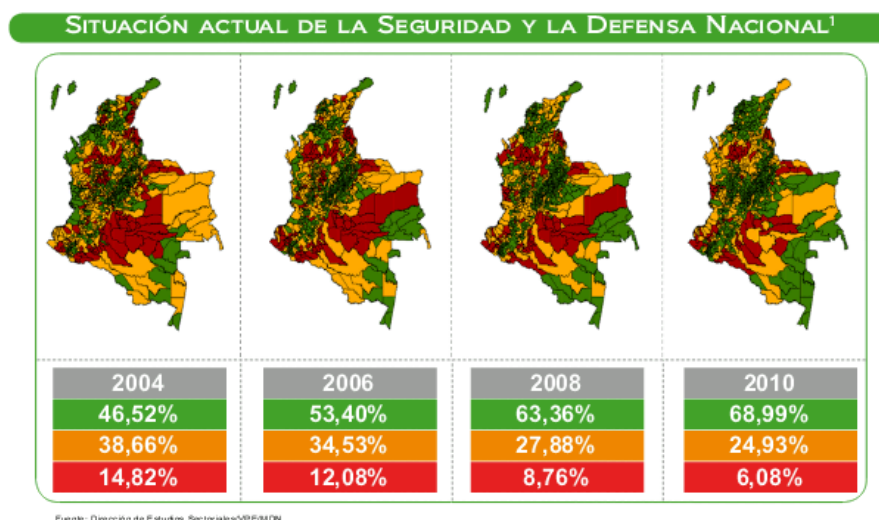
Para la identificación del problema y su inscripción en la agenda para dar posibles soluciones, en el caso en concreto sobre la política de seguridad integral y defensa para la prosperidad en Colombia, debe tenerse en cuenta que en el país existe un *conflicto armado interno* reconocido, tal y como se expuso en capítulos anteriores, con más de una década, situación de guerra que, de acuerdo con los periodos de gobierno, ha disminuido o aumentado el servicio público de seguridad con el compromiso de atacar los grupos armados al margen de la ley y las organizaciones narcoterroristas, pudiendo apreciar que durante los cuatro años del gobierno del presidente Uribe disminuyó la inseguridad en el país y se volvió a recrudecer en este último periodo del presidente Santos.

Es de gran importancia saber que todos los colombianos somos víctimas del conflicto armado de forma indirecta o directa, porque si bien la seguridad del país está a cargo del gobierno y es este el encargado de proveer seguridad, su falta o debilidad afecta a cada persona; por lo tanto, en virtud de los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política⁴¹¹ y del monopolio de la fuerza consagrado en el artículo 223⁴¹² del mismo ordenamiento Constitucional, el legitimado para crear, implementar y ejecutar la política de seguridad y defensa es el Estado a través del Presidente de la República, observando la diferencia que existe entre el objetivo principal, que es tener un país seguro y en paz, a una realidad que lo aqueja, como la violencia, inseguridad y miedo entre los habitantes de este país.

⁴¹¹ Art. 2: Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

⁴¹² Art. 223: Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas.

En análisis realizados por la Dirección de Estudios Sectoriales⁴¹³ la situación de la seguridad está dividida por zonas roja, naranja y verde; hacia el año 2004 la zona roja en Colombia era de 14,84%, la naranja o intermedia 38,66% y la verde 46,52%; disminuye entre el año 2006 a 2010, terminando el periodo presidencia con un 6,08% de inseguridad en zona roja, 24,93% en naranja o intermedia y 68,99% en zonas verdes.



414

La evolución de la seguridad deja entrever un avance en recuperar el orden estatal y la tranquilidad de los ciudadanos; pero así mismo las situaciones de conflicto presentadas en los años anteriores han mutado a una guerra de desgaste, la evasión de combates, la sistematización de la cadena productiva o comercializadora de narcóticos y el traslado del conflicto de zonas periféricas a las grandes ciudades, produciendo riesgo para los miembros de la fuerza pública porque ante la falta de confrontación directa, los grupos al margen de la ley están acudiendo a los atentados terroristas contra la población civil, o ataques con armas no convencionales contra los miembros de la fuerza público, produciendo lesiones y daños indemnizables.

⁴¹³ Dirección de Estudios Sectoriales/VPE/MDN. Basado en el Índice de Seguridad Municipal, con indicadores que representan las amenazas para la seguridad del Estado a nivel municipal, analizando cada municipio de Colombia

⁴¹⁴ Mapa política pública de seguridad integral y defensa para la prosperidad.

Por una parte las FARC han aumentado las acciones de una guerra de guerrillas, como el uso de minas antipersonales no convencionales o minas “*quiebrapatas*”, tácticas propias para el terrorismo y actuaciones en pequeños grupos que buscan amedrentar a la ciudadanía y generar un impacto negativo en la confianza de la población civil, así mismo han creado vínculo con organizaciones narcotraficantes para el comercialización de narcóticos y fortalecido sus milicias en la población civil.

El ELN organización que se encuentra debilitada por la desarticulación de sus estructuras claves y la disminución de sus combatientes y combates, ha reaccionado refugiándose en el narcotráfico y en alianzas regionales con otras organizaciones criminales. Estas organizaciones utilizan el crimen y el terrorismo como un mecanismo para la producción de droga y explotación de recursos ilegales.

Debido a la mutación en los actores que están en contra de la seguridad del país aparece un nuevo fenómeno denominado Bandas Criminales –Bacrim-. Las cuales son estructuras delincuenciales desarticuladas, pero con poder armado, corrupto e intimidador; con un manejo combinado en la producción de drogas y la violencia en contra de los derechos y libertades de los ciudadanos al operar en zonas rurales y en las ciudades; así mismo el manejo de las extorciones, el microtráfico, la microextorsión, el hurto y la explotación ilegal de recursos naturales y de minería ilegal. Las Bacrim actuales son el producto de la desarticulación por entrega de los grupos paramilitares.

El gobierno reconoce que existe una problemática SOCIAL que si bien ha disminuido a lo largo de los años, se ha mantenido en algunas regiones específicas donde el estado tiene que concentrar su actividad para la disminución de los grupos al margen de la ley (GAML) y las BACRIM. La identificación de los elementos que son una amenaza para la seguridad como las FARC, el ELN y las BACRIM, las milicias y redes delincuenciales, la delincuencia común y crimen organizado, da al sector defensa un conocimiento sobre las cuestiones que debe trabajar y los retos que tiene que asumir.

Según Roth Deubel⁴¹⁵ el problema para generar una política pública debe estar en la agenda del administrador, que en este caso es el gobierno y la inscripción en la agenda proviene de dos fuentes, como ya se expuso en párrafo precedente, una es externa al estado y a las instituciones –modelo de la “demanda”- y la otra es interna al Estado y a sus instituciones – es el modelo de la “oferta administrativa”- para el caso de la Política Pública de Seguridad proviene de las dos fuentes, tanto externa porque piden una pronta solución e interna porque el gobierno busca disminuir el problema; así mismo el modelo utilizado para fijar objetivos se integra por dos, ya que usa el reajuste de los objetivos de la política pasada y la reacción a circunstancias que se dieron en la creación de la PPSIDP.

El gobierno a través del ministerio de defensa lidera la lucha por consolidar la paz y la seguridad nacional, pero quienes diagnosticaron el problema se encargaron de observarlo desde las estadísticas de resultado, apreciándolos cuantitativamente y no observando en la estructura de las instituciones que participan en el problema las posibles variables cualitativas que pudieron llegar a mantener el problema y no a solucionarlo.

7.2. Formulación de decisiones

El escoger que problemas van a ser inscritos no solo depende de su gravedad o de las repercusiones que tenga ya que en algunos casos, los problemas graves dejan de importar por la falta de su estructuración o por falta de participación de las redes sociales, de elementos para implementarlas, de la inmediatez de otros problemas o las tácticas utilizadas para ser inscritas no fueron suficientes.

La formulación de decisiones a un problema inscrito en la agenda permite observar las alternativas existentes para disminuir el abismo entre el ser, situación presentada y el deber ser, la situación querida; para ello existen unas metodologías que facilitan desarrollar la solución, como por ejemplo establecer cuáles son los fines y las metas de la política que se va a diseñar y los objetivos a cumplir. A lo largo de la estructuración se deben jerarquizar

⁴¹⁵ André-Noel Roth Deubel, políticas públicas formulación, implementación y evaluación. Bogotá, Aurora, 2006, p.57

los fines y las metas pues de esta depende la prioridad en el momento de ejecutar la política pública, así mismo se debe realizar una ponderación en los fines buscados con objetivos específicos para conocer el beneficio que trae cada alternativa y por ultimo determinar los efectos posiblemente esperados y los indicadores que permiten establecer el grado de alcance de la meta; esta metodología de las estrategias indicadas fue diseñada por CETEL⁴¹⁶.

La planeación es una herramienta importante en una política pública, pues permite tomar las decisiones más acertadas o incluso llegar a pensar en tomar la decisión perfecta al problema; a través de ella se observan todas las variables y se puede incluso llegar a prever el desenlace que tiene la toma de la decisión, además, disminuye el grado de incertidumbre e incoherencias que puede generar una política pública, hecha sin el total de los datos e información obtenidos, la construcción de indicadores sociales, económicos, políticos; es una tarea fundamental para conocer el avance y el desarrollo en el espacio y en el tiempo .

La toma de la decisión debería ser sencilla, si se desarrolla el anterior análisis, pero como en la vida real las cosas no se toman en un orden determinado, existen diferentes modelos para la toma de la decisión, así como dos perspectivas para observarlas: la primera, que hace relación al decisor, teniendo este plena libertad de escogerla y, la segunda, se presenta cuando las variables externas hacen que la decisión se encuentre predeterminada y el decisor no pretende imponer su voluntad.

7.2.1. Modelos de toma de decisiones

1. Modelo de la racionalización absoluta

Maneja una visión taylorista y positivista ya que siempre hay una solución superior a otra; en este modelo prima la razón sobre todas las cosas, conociendo el problema, determinar los valores, sus objetivos y las posibles soluciones, a partir del conocimiento de estos elementos con criterios objetivos se escoge. Este modelo

⁴¹⁶ CETEL-Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives, 2000, cours de legistique, Faculté de Droit, Université de Genève, ginebra.

implica conocimiento total de todos los aspectos del grupo objetivo de la toma de la decisión.

2. *Modelo de la racionalidad limitada*

Propuesto por H.Simon (1983)⁴¹⁷ en crítica de la racionalidad absoluta puesto que la comprensión total de los elementos es casi imposible porque quien posee la información no quiere darla o no se puede reunir el total de la información, así mismo el decisor, al ser un ser humano es casi imposible que tome una decisión objetiva sobre la mejor solución es por ello que él privilegia una decisión sobre la otra sea por la unión entre la intuición y la razón es decir un juicio razonable y no un juicio puro para escoger una solución satisfactoria.

3. *Modelo incremental o de ajustes marginales*

Inicia con la idea de un modelo intuitivo comparado con soluciones empíricas puesto que el tiempo es un factor en contra, en la toma de la decisión y del consenso entre los distintos actores, pues considera Charles Lindblom⁴¹⁸ casi imposible poner de acuerdo a los diferentes miembros en los valores y los objetivos de la política; propone conciliar los medios técnicos que son temas encaminados a concertar la solución y van al caso concreto. Su modelo está basado en “*una democracia pluralista perfecta donde el gobierno tiene la función de mantener las reglas necesarias para el desarrollo del proceso político de ajustes marginales*”⁴¹⁹. Justifica modificar la política pública de los gobiernos anteriores.

En la política integral de seguridad para la prosperidad este modelo se utiliza principalmente porque la seguridad es un tema de urgencia y entre más avanza el tiempo sin dirigir y tomar las acciones se presenta mayor caos, además, considero que al ser un tema que interesa a varios actores es muy difícil ponerlos de acuerdo

⁴¹⁷ SIMON, Herbert, 1983, *administration et processus de décision*, economica, París.

⁴¹⁸ LINDBLOM, Charles, 1986, “The Science of Muddling Through”, en *Public Administration Review*, 19, pp. 30-39.

⁴¹⁹ Ibidem.

en cada decisión y la consecuencia es que terminan ajustando la política anterior y agregando las necesidades que tenía el país en ese momento, así mismo se crea una especie de híbrido con el modelo de racionalidad limitada, pues el total de la información no la posee el decisor por diferentes circunstancias y es por ello que utiliza un juicio razonable incluyendo a la intuición como consejera.

4. *Modelo de la anarquía organizada*⁴²⁰

Creado en contra de la racionalidad absoluta ya que considera la influencia de los actores y el consenso prácticamente nulo; su modelo se basa en tres elementos. Primero, los valores y los objetivos se presentan en forma ambigua. Segundo, la información a disposición es incompleta, fragmentaria e incierta. Tercero, los procesos de decisión son complejos y simbólicos. Éste modelo se presenta con frecuencia en las instituciones públicas y está orientado por la ambigüedad y confusión, está determinado por el día a día y sus decisiones posteriores las justifican en el cambio de problema que se presente.

7.2.2. Decisión

El acoger una decisión con los postulados científicos y a su vez respetar los valores establecidos para la democracia es un desafío puesto que la ciencia no da respuestas concretas, certeras y la democracia busca legitimar una decisión en ocasiones contraria a los postulados de la comunidad. *Jurgen Habermas*⁴²¹ construye tres tipos ideales de relación entre científicos, políticos y ciudadanos, en modelos decisionista, tecnócrata y pragmático. El primero responde a la decisión clásica de la subordinación del científico con el decisor político, busca medios racionales para alcanzar objetivos. El segundo, contrario al modelo decisionista, en este caso el subordinado es el decisor político por el experto que busca soluciones racionales y la decisión solo tiene la posibilidad de rectificarla. Los

⁴²⁰ MARCH, J.G. y OLSON, J.P., 1989, *Rediscovering institutions: the Organizational Basis of Politics*, Free press, New York.

⁴²¹ HABERMAS, Jurgen, 1973, *La technique et la science comme idéologie*, Gallimard, París.

anteriores modelos considera Habermas son deficientes en la participación democrática y a partir de ello plantea el modelo pragmático como una conciliación entre la posición científica y la justificación de criterios y valores políticos –irracionales-. Por medio del dialogo público entre expertos científicos, políticos y opinión pública para facilitar los procesos de empatía.

Los actores interesados en la política utilizaron el modelo pragmático pues los expertos en manejar la seguridad establecieron su posición y el decisor político concilió.

7.2.3. Implementación de decisiones

Tal vez en el proceso de una política pública se considera como lo más complicado la toma de la decisión pero la realidad es que hasta el momento la política pública es solo retorica y no se ha puesto en práctica y depende del enfoque dado. Estudiosos en el tema han desarrollado dos modelos normativos de implementación que divergen en la realización de sus actividades y en remover los obstáculos que presenta el desarrollo de la política pública.

El primer modelo llamado top-down o la implementación por parte de la administración de arriba hacia abajo o del centro a la periferia. Tiene como postulados la primacía jerárquica de la administración, la diferenciación entre el universo político y el administrativo y la búsqueda del principio de eficiencia. El segundo modelo es opuesto porque es una alternativa al primer modelo cuando ha truncado su implementación, ya que esta inicia desde donde se presenta el problema utilizando procedimiento y estrategias para salir de la crisis; depende el enfoque que quiera tener la implementación generara iguales o mejores resultados.

Prima la utilización del modelo de arriba hacia abajo pues es el gobierno quien la crea y sus inferiores buscan implementarla, el problema en esta política como se verá adelante es que es generalizada no focaliza como es el propósito de esta sino que toma el problema general y dejando a la deriva su implementación con los sectores donde necesitan diferentes

atenciones.

La implementación de la decisión se estructura sobre los siguientes enfoques:

i. Clasico de la administracion racional

Es un sistema autoritario con una línea de mando definida y organizada, cumple con los objetivos y las metas establecidas, hay un control perfecto donde existe ilimitabilidad de recursos y falta de presión en el tiempo. La administración hace cumplir los objetivos y no hay dialogo entre el administrador y los destinatarios de la política; es más un modelo teórico pues en la práctica surge muchos problemas porque no tomar en cuenta al destinatario y hoy día se busca su satisfacción mas no la imposición de decisiones con determinado resultado. Este modelo es contrario a la gobernanza, en el que la Administración Pública se apoya en las redes sociales afectadas por un probelma, para buscar una solución concertada que se pueda ejecutar sin resistencia.

ii. Del “buen gobierno”

Busca la renovación de procesos no de resultados, es ampliar los mecanismos de autoridad y sanción establecidos en el modelo tradicional, es el resultado de la interacción de actores sociales y políticos.

Según Stoker (1998)⁴²²se caracteriza este enfoque en cinco elementos:

- Participación de un conjunto de instituciones y agentes procedentes del gobierno y de fuera de él;
- Reconocimiento a la perdida de nitidez y de las responsabilidades del Estado frente a los problemas sociales y económicos;

⁴²² STOKER, Gerry, 1998, “el ‘buen gobierno’ como teoría: conco propuestas”, revista Internacional de Ciencias Sociales, N° 155, unesco, Paris, marzo.

- Existencia de una interdependencia de poder entre las instituciones que intervienen en la acción política;
- Aplicación a redes autónomas de agentes o autores;
- Reconocimiento de que el gobierno tiene capacidad para que se hagan las cosas empleando, no tanto su autoridad, sino técnicas e instrumentos nuevos para dirigir y guiar.

iii. De gestión pública

Diseñado este enfoque para cumplir objetivos de la política pública y sugieren superar deficiencias de condiciones con elementos como: teoría sólida, ley bien concebida, responsables capacitados y comprometidos, apoyo político y social, entorno favorable. Sabatier y Mazmanian⁴²³ establecen que cuando no existan fundamentos teóricos sólidos que relacionen los comportamientos de los ciudadanos con los objetivos de la política es necesario crear nuevas estrategias de aprendizaje, diseñar proyectos con carácter experimental, fomentar investigaciones y estudios de evaluación.

iv. Contingente

Los procesos de implementación son difícilmente previsibles, para Renate Mayntz⁴²⁴ las condiciones de efectividad de las políticas públicas son de gran relevancia, pues los administradores en sí no tienen mayor interés por realizarlas sino por mantenerse en el poder y la política debe generar ese resultado, el administrado debería dar resultados a corto plazo. Por ello el autor propone una serie de metodologías relacionadas entre sí para ser eficaz la política como: normas reglamentarias, transferencias financieras e incentivos, reglamentación de procedimientos y la persuasión, teniendo en cuenta los cambios

⁴²³ SABATIER, Paul y MAZMANIAN, Daniel, 1979, "the conditions of Effective Implementation: a Guide to Accomplishing Policy Objectives" en *Policy Analysis*, 5, pp. 481-504.

⁴²⁴ MAYNTZ, Renate, 1979 "les bureaucraties publiques et la mise en oeuvre" en *Revue Internationale des Sciences Sociales*, Vol. XXXI, N°4, pp. 677-690.

evolutivos en los elementos clásicos de intereses de los destinatarios y la implementación dada.

7.3. Redacción de la política pública

Para el logro de los objetivos el sector defensa requiere el cuidadoso diseño y planeación de sus estrategias, la consolidación de la seguridad con mayor presupuesto, velocidad e intensidad; esto requiere una justicia que complemente la seguridad y la presencia estatal en la totalidad del territorio de la nación, pero a su vez que garantice la protección de los derechos humanos de los miembros de la fuerza pública.

Los Factores de riesgo: grupos armados al margen de la ley, delitos contra los ciudadanos, las amenazas externas y los desastres naturales

El ministerio de defensa es la principal autoridad que debe responder a las amenazas que ponen en riesgo el objetivo nacional: alcanzar la seguridad y consolidar la paz; a través de las FFMM y la policía nacional con el plan estratégico sectorial, implementando elementos que garanticen la protección de los derechos humanos de los miembros de la fuerza pública. Por otra parte los delitos contra los ciudadanos estarán sancionados por la rama judicial principalmente por la fiscalía, el Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Suprema de Justicia; los encargados de las catástrofes naturales será el poder legislativo, los amenazas de los grupos armados al margen de la ley estará a cargo de los organismos de control y las amenazas externas en colaboración por la ciudadanía y las empresas privadas.

7.3.1. Estrategias

Seguridad internacional, diplomacia para la seguridad, lucha contra el crimen transnacional y disminución de crisis de seguridad regional

7.3.1.1. Seguridad interna:

1. Zonas rojas: las estrategias implementadas en la política de seguridad democrática de control territorial y desarticulación de grupos armados al margen de la ley son necesarias y, a través de la acción sostenida y focalizada en búsqueda de control territorial y protección estratégica de la población, se logra su consolidación, circunstancia que pone en situación de vulnerabilidad a los miembros de la fuerza pública, porque son quienes soportan el control territorial y la protección de los ciudadanos en esas zonas rojas. La ubicación de los miembros de la fuerza pública en estas zonas hacen que los ataques contra ellos y la eventual lesión de sus derechos constitucionales y convencionales sea, más que previsible, inminente.
2. Zonas amarillas: al ser zonas recuperadas de la violencia las estrategias estarán encaminadas a la consolidación de la seguridad como el uso de fuerzas de control, la cooperación internacional y la acción integral del estado. La policía nacional deberá brindar niveles oportunos de seguridad. En estas zonas la eventual lesión de los derechos constitucionales y convencionales de los miembros de la fuerza pública son esporádicos y más producto de atentados terroristas que de otra índole.
3. Zonas verdes o consolidadas: se caracterizará por niveles adecuados de institucionalidad, inversión y gobernabilidad. En estas zonas la misión de seguridad deb recaer exclusivamente en la Policía Nacional y la lesión de los derechos constitucionales y convencionales de los miembros de la fuerza pública son excepcionales.
4. Policía nacional: al cambiar los sectores de inseguridad se le ha asignado a la policía un grupo de estrategias que buscan atacar los fenómenos más críticos de seguridad ciudadana, impulsar la convivencia, la investigación criminal, tecnología e inteligencia hacia los factores generadores de violencia.
5. HERRAMIENTAS: inteligencia, acción integral, operaciones sostenidas y fortalecimiento institucional

7.3.1.2. Alineación estratégica sectorial

Objetivo Nacional: Alcanzar condiciones de seguridad óptimas para garantizar la prosperidad democrática y el progreso nacional.

Propósito superior: Contribuir a la gobernabilidad democrática, la prosperidad colectiva y la erradicación de la violencia, mediante el ejercicio de la seguridad y defensa, la aplicación adecuada y focalizada de la fuerza y el desarrollo de capacidades mínimas disuasivas

Objetivos del sector defensa: Bloquear sistemas de control y comando de las organizaciones ilegales, identificar y extinguir sus fuentes de financiación, desarticular redes de provisión logística, neutralizar sus apoyos externos y aislar a estas organizaciones de la población que ha sido víctima de ellos.

7.3.1.3. Objetivos y estrategias sectoriales

1. Llevar a un mínimo histórico la producción nacional de narcóticos

Establece tres (3) estrategias de forma unitaria para lograr el objetivo:

a. Erradica Cultivos Ilícitos

La erradicación se realizará de forma manual o por aspersión, disminuyendo las áreas de cultivo con ataque frontal a la dinámica de resiembra, así mismo el manejo simultáneo de los escuadrones móviles de erradicación.

Se busca con el apoyo del gobierno nuevos proyectos de desarrollo alternativo a comunidades afectadas en cultivos ilícitos

Encargado: 1. Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional y 2. Ejército Nacional

b. Fortalecer la Capacidad de interdicción

Buscan la destrucción e infraestructura de producción y almacenamiento y la incautación de drogas ilícitas e interceptación de transporte y rutas.

Se planea una intensificación de la inteligencia dedicada a la desarticulación de la organización de narcotraficantes y los eslabones de apoyo logístico y blanqueo financiero de ellas.

Encargado: 1. FFMM y 2. Policía Nacional

c. Desarticular las BACRIM

Manejarán grupos especializados contra las BACRIM, la acción de la Fuerza Pública se realizará sobre la identificación y judicialización de las redes criminales y de explotación ilegal de recursos naturales, así mismo la desarticulación de los Grupos Armados Al Margen de la Ley (GAML).

2. Desarticular los GAML y crear condiciones suficientes de seguridad para la consolidación

a. Acabar con la Violencia Desarticulando los GAML

Busca focalizar estratégicamente la fuerza sobre todos sus centros de gravedad para su implosión

b. Integrar y adaptar los esquemas de seguridad

Definirá un nuevo esquema de seguridad rural integrado por la policía nacional; estará encargada en llegar a las zonas recuperadas y si es necesario la presencia de las Fuerzas Militares.

c. Implementar un modelo de control, administración y seguridad fronteriza

Para reforzar la seguridad en las zonas fronterizas se pondrá en funcionamiento el Sistema Integrado de Administración, Control y Seguridad Fronteriza para desarticular las acciones relacionadas con el crimen transnacional

Encargado: Fuerza publica

d. Fortalecer la acción integral

En zonas rojas estarán encargados las Fuerzas Militares y buscarán proteger a la población y aislarla de la influencia de los actores violentos; así mismo en las zonas amarillas ya recuperadas se utilizara la política de consolidación, manejada por la presidencia de la república.

3. Crear condiciones de seguridad para la convivencia ciudadana

ENCARGADO: la Policía Nacional

Enfocado este objetivo en la prevención y control, así como el afianzamiento de la cultura de la convivencia. Tiene tres (3) estrategias para su concreción:

a. Fortalecer el control policial en el territorio nacional

A través del fortalecimiento del programa de seguridad por cuadrantes, los programas de redes y formas de participación ciudadana, la estrategia se mantendrá en la disminución del homicidio, el hurto agravado y las lesiones personales.

b. Desarticular las organizaciones delincuenciales

Disminuir la extorsión, la microextorsión, el secuestro extorsivo y la piratería son las estrategias y principalmente la desarticulación de las estructuras de las organizaciones delincuenciales.

c. Fortalecer la investigación criminal

Mejorar la investigación criminal en personal, equipos y presupuestos como el fortalecimiento de los sistemas de georeferenciación, información y denuncia ciudadana para la recuperación del imperio de la ley.

4. Avanzar hacia un sistema de capacidades disuasivas creíble, integrado e interoperable

Desarrollada en tres (3) estrategias

a. Diseñar e implementar un sistema de defensa integrado, flexible y sostenible

Se realizara un avance en el diseño e implementación de un sistema disuasivo de defensa creíble, integrado y operable para la seguridad internacional como para cumplir los propósitos de la seguridad nacional

b. Incrementar la cooperación de Colombia, tanto a nivel Nacional como Internacional

La lucha contra el crimen transnacional requiere de la cooperación y de acciones regionales y hemisféricas articuladas y complementarias.

c. Implementar un programa de ciberseguridad y ciberdefensa

5. *Contribuir a la atención oportuna de desastres naturales y catástrofes*

Desarrolla tres (3) estrategias para la atención de desastres:

a. Crear una instancia de respuesta sectorial

Estará articulada con el sistema nacional de atención de desastres con el fin de brindar respuestas coordinadas, sostenibles y oportunas, a desastres naturales y catástrofes. En el 2014 se consolidará la capacidad militar y policial de atención a desastres.

b. Promulgar una política sectorial

Determinará los lineamientos estratégicos, recursos y responsabilidades a desarrollar para la atención oportuna de las emergencias.

c. Estabilizar y asegurar áreas afectadas

Al crear la instancia sectorial y fortalecer las capacidades militares y policiales, permitirá la atención efectiva de todos los desastres naturales y catástrofes, así como el mantenimiento del orden y la seguridad publica en las zonas afectadas.

6. *Fortalecer la institucionalidad y el bienestar del sector seguridad y defensa nacional*

Se desarrollan cuatro estrategias que satisfagan los criterios de sostenibilidad, flexibilidad y adaptabilidad.

a. Modernizar la gestión sectorial

Busca esta iniciativa promover la consistencia entre las prioridades de política, las misiones y capacidades de las fuerzas y la asignación de recursos. Complementado con un modelo de planeación de capacidades y el empleo de la alianza publico privadas- APP-.

Así mismo se fortalecerá el sistema de administración de justicia y en especial la Justicia Penal Militar, priorizando la no impunidad en todas las acciones cometidas por un miembro de la Fuerza Pública y esté relacionada con la violación de derechos humanos o la infracción del DIH o transgresión de la ley.

b. Impulsar proyectos de ciencia, tecnología e innovación

Es la promoción de una de las locomotoras de la innovación que ofrezcan réditos económicos y autosuficiencia en material y equipos. Esta encaminada a la sustitución de importaciones y al crecimiento económico nacional a través de la negociación de acuerdos internacionales de proyectos de desarrollo tecnológico y en la profundización de la política de cooperación institucional – offset-.

c. Alcanzar un Grupo Social y Empresarial de la Defensa (GSED) competitivo

Para el cumplimiento de los objetivos las FFMM y la policia nacional necesitan a todas las entidades para fortalecer y hacer competitivo al grupo y así mejorar su capacidad estratégica, su estructura y las condiciones de competitividad para incrementar la eficiencia y eficacia en un marco de control, rendición de cuentas y transparencia.

d. Avanzar en una estrategia de bienestar para los miembros de la fuerza pública

Al ser los encargados de proteger a los ciudadanos una de las estrategias es convertir a las FFMM y la PONAL en fuente de educación para sus miembros a través del desarrollo del Sistema de Educación de las Fuerzas Armadas.

Por otra parte se trabajara en pro de una reforma de la salud de la Fuerza Pública para ofrecer mayor cubrimiento y calidad en el servicio.

Por ultimo trabajar por medio del ministerio de defensa nacional en la creación de un servicio integral de defensoría jurídica para los miembros de la fuerza pública –activos y en retiro- que se vean implicados en procesos penales y disciplinarios relacionados con el servicio. Este es el único aspecto que, de manera general, plantea la necesidad de educar a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, pero nada dice acerca del problema puntual de capacitación, formación y entrenamiento en la ejecución de la misma política pública y, en especial, en la prevención de la violación de los derechos constitucionales y convencionales de los miembros de la fuerza pública en las operaciones militares y policiales, ya sean como consecuencia de actos de guerra dentro del conflicto armado interno o como operaciones tendientes a desarticular grupos terroristas y bandas criminales.

Al realizar un análisis de cada uno de los objetivos que tiene la política pública de seguridad para la prosperidad no hay un objetivo o estrategia que busque la prevención del daño antijurídico de los miembros de las fuerzas militares, solo está dirigido a la intervención del estado hacía sus actores cuando cometan algún delito en el ejercicio de sus funciones, pero no tiene un objetivo dirigido a la prevención de la violación de los derechos constitucionales y convencionales dentro de las operaciones militares y policiales, ni a estrategias que busquen su conocimiento para disminuir la violación de derechos o de atenuaciones por parte de ellos.

La creación de la política pública de acuerdo con la información dada por el gobierno está enfocada en erradicar las zonas rojas y hacer más control en las zonas intermedias y verdes pero esta política se encuentra generalizada y no se enfoca en el objetivo general que ésta plantea, pues otorga unos objetivos y estrategias que si bien para un país donde la cultura es homogénea podría funcionar; para un país como Colombia, donde las zonas rojas de acuerdo con la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios en Colombia

(OCHA) son Cauca, Caquetá, Valle del cauca, Norte de Santander, Arauca, Putumayo, Antioquia y Meta y no tienen similitudes en su cultura, economía y geografía generando problemas tanto económicos, sociales, étnicos y políticos no similares a los que no se le pueden aplicar la misma política de seguridad y defensa.

Por ejemplo el departamento del cauca se encuentra con una geografía montañosa donde su principal medio de subsistencia es la agricultura y la ganadería, también la explotación de oro y yacimientos de petróleo; por otra parte alberga a dos grandes grupos indígenas como lo son los Paeces y los Guámbianos y presentan problemas de conflicto por las tierras, el latifundio y la siembra, recolección y producción de coca manejada por grupos al margen de la ley y azotada por el conflicto con las bandas criminales, el olvido del estado hacia este departamento es grande y el municipio donde más conflicto existe es Toribio; por otra parte el departamento de Norte de Santander tiene unas características totalmente contrarias a las del departamento del Cauca como son, su cercanía a la frontera con Venezuela, el gran flujo de comercio, la explotación de petróleo y carbón y el contrabando hacia el país extranjero, uno de las zonas afectadas es el Catatumbo. Otro ejemplo es el departamento de Antioquia siendo uno de los departamentos con mejor economía generando más de un 30% de energía a nivel nacional, tiene recurso mineros como oro, carbón, platino, hierro, plomo y otros metales, extracción de petróleo y ganadería, así mismo, es el mayor exportador en el país de textiles, calzado, entre otros, pero al ser un departamento con gran progreso es azotado por las bandas criminales, la extorción en un 66.5% entre 2012 a 2013 y conflicto armado. Estos departamentos son catalogados como zonas rojas y teniendo una idiosincrasia y problemas diferentes, deben ser objeto de la implementación de políticas públicas diferentes, pero no obstante, se les aplica la misma política pública generando problemas que no encuentran solución; circunstancia que produce una desarticulación en la evaluación de la política, aun cuando el presidente como jefe de estado y de gobierno y como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas es el encargado de crear la política pública y determinar cuál va a ser el camino para utilizarla.

Establecieron que esta política de seguridad estaba encaminada a terminar los problemas

en zonas ya focalizadas porque se generó una política nacional sin tener en cuenta a los actores que la implementarían. Porque los gobernadores y alcaldes no tienen establecida la función de crear una política de seguridad para cada departamento y municipio, es de concluir que esta política tiene unos objetivos establecidos pero no focaliza su implementación y la deja a la deriva ya que lo importante en una política pública es su redacción con los actores aunque sea un camino arduo, pero aún más importante es la implementación que esta pueda llegar a tener y generar los resultados esperados.

7.4. Ejecución del programa

Se hizo un barrido acerca de la ejecución de la política pública a través de leyes, decretos y resoluciones, entendiendo que es a través de estos instrumentos que se ejecuta la política pública, encontrando los siguientes resultados:

7.4.1. Leyes

LEY No.1732 DE 1 SEP 2014

"Por la cual se establece la cátedra de la paz en todas las instituciones educativas del país"

LEY 1728 DE 18 DE JULIO DE 2014

"Por la cual se dictan normas de distribución de terrenos baldíos a familias pobres del país con fines sociales y productivos y se dictan otras disposiciones"

LEY 1719 DE 18 DE JUNIO DE 2014

"Por la cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones"

LEY 1709 DE 2014

"Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones".

LEY 1708 DE 2014

"Por Medio del cual se expide el Código de Extinción de Dominio"

Ley 1672 de 2013

"Por la cual se establecen los lineamientos para la adopción de una política pública de gestión integral de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE), y se dictan otras disposiciones".

Ley 1663 de 2013

"Por medio de la cual se aprueba el tratado de extradición entre la república de Colombia y los estados unidos mexicanos", suscrito en la ciudad de México, el :1 o de agosto de 2011".

Ley 1662 de 2013

"Por medio de la cual se aprueba el acuerdo entre la republica de Colombia y la corte penal internacional sobre la ejecución de las penas impuestas por la corte penal internacional, hecho en Bogotá, d. c., el 17 de mayo de 2001"

Ley 1660 de 2013

"Por medio de la cual se adiciona un párrafo al artículo 3°, de la ley 923 de 2004, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el gobierno nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la constitución política, se crean unos estímulos en materia de vivienda y educación y se dictan otras disposiciones

Ley 1659 de 2013

"Por La Cual Se Crea El Sistema Nacional De Identificación, Información Y Trazabilidad Animal"

Ley 1658 de 2013

"Por medio de la cual se establecen disposiciones para la comercialización y el uso de mercurio en las diferentes actividades industriales del país, se fijan requisitos e incentivos para su reducción y eliminación y se dictan otras disposiciones".

Ley 1638 de 2013

“Por medio de la cual se prohíbe el uso de animales silvestres, ya sean nativos o exóticos, en circos fijos e itinerantes”

Ley 1635 de 2013

“Por medio de la cual se establece la licencia por luto para los servidores públicos”

Ley 1630 de 2013

"Por medio de la cual se establece una exoneración tributaria sobre el impuesto de vehículos automotores y se dictan otras disposiciones en materia de desintegración física vehicular"

Ley 1626 de 2013

"Por medio del cual se garantiza la vacunación gratuita y obligatoria a la población colombiana objeto de la misma, se adoptan medidas integrales para la prevención del cáncer cérvico uterino y se dictan otras disposiciones"

Ley 1622 de 2013

"Por medio de la cual se expide el estatuto de ciudadanía juvenil y se dictan otras disposiciones"

Ley 1621 de 2013

"Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones".

Ley 1620 de 2013

"Por la cual se crea el sistema nacional de convivencia escolar y formación para el ejercicio de los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar"

Ley Estatutaria 1618 de 2013

"Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad"

Ley 1617 de 2013

"Por la cual se expide el régimen para los distritos especiales"

Ley 1616 de 2013

"Por medio de la cual se expide la ley de salud mental y se dictan otras disposiciones"

Ley 1609 de 2013

"Por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas"

LEY 1554 DE 2012

"Por La Cual Se Dictan Normas Sobre La Operación Y Funcionamiento De Establecimientos Que Prestan El Servicio De Videojuegos Y Se Dictan Otras Disposiciones"

LEY 1548 DE 2012

"Por La Cual Se Modifica La Ley 769 De 2002 Y La Ley 1383 De 2010 En Temas De Embriaguez Y Reincidencia Y Se Dictan Otras Disposiciones".

LEY 1547 DE 2012

"Por La Cual Se Otorgan Beneficios A Estudiantes De Pregrado, Con La Calidad De Estudiantes A Partir De La Vigencia De Esta Ley, De Estratos Socioeconómicos 1,2 O 3 Y Se Dictan Otras Disposiciones"

LEY 1542 DE 2012

"Por La Cual Se Reforma El Artículo 74 De La Ley 906 De 2004, Código De Procedimiento Penal."

LEY 1539 DE 2012

"POR MEDIO DE LA CUAL SE IMPLEMENTA EL CERTIFICADO DE APTITUD PSICOFÍSICA PARA EL PORTE Y TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".

LEY 1537 DE 2012

"Por La Cual Se Dictan Normas Tendientes A Facilitar Y Promover El Desarrollo Urbano Y El Acceso A La Vivienda Y Se Dictan Otras Disposiciones"

LEY 1532 DE 2012

"Por medio de la cual se adoptan unas medidas de política y se regula el funcionamiento del programa Familias en Acción."

LEY 1531 DE 2012

"Por Medio De La Cual Se Crea La Acción De Declaración De Ausencia Por Desaparición Forzada Y Otras Formas De Desaparición Involuntaria Y Sus Efectos Civiles"

LEY 1496 DE 2011

"Por Medio De La Cual Se Garantiza La Igualdad Salarial Y De Retribución Laboral Entre Mujeres Y Hombres, Se Establecen Mecanismos Para Erradicar Cualquier Forma De Discriminación Y Se Dictan Otras Disposiciones".

LEY 1480 DE 2011

"Por Medio De La Cual Se Expide El Estatuto Del Consumidor Y Se Dictan Otras Disposiciones".

LEY 1476 DE 19 DE JULIO DE 2011

"Por la cual se expide el régimen de responsabilidad administrativa por pérdida o daño de bienes de propiedad o al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades adscritas o vinculadas o la Fuerza Pública".

LEY 1453 DE 24 DE JUNIO DE 2011

"Por Medio De La Cual Se Reforma El Código Penal, El Código De Procedimiento Penal, El Código De Infancia Y Adolescencia, Las Reglas Sobre Extinción De Dominio Y Se Dictan Otras Disposiciones En Materia De Seguridad"

LEY 1448 DE 2011

Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

LEY 1407 DE 2010

Por la cual se expide el Código Penal Militar.

LEY 1405 DE 2010

Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Decreto-ley 1790 de 2000

modificado por la Ley 1104 de 2006, Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

7.4.2. Decretos

DECRETO 1278 DE 2014

"Por el cual se reglamentan los artículos 7°, 32, 33, 34, 35 Y41 de la Ley 643 de 2001, en lo relacionado con la operación de los juegos de suerte y azar localizados"

DECRETO 1164 DE 2014

"Por el cual se dictan, disposiciones para acreditar la condición de beneficiario del Régimen Contributivo mayor de 18 y menor de 25 años, en el marco de la cobertura familia"

DECRETO 1163 DE 2014

"Por el cual se modifica el Decreto 1091 de 1995"

DECRETO 1157 DE 2014

"Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro aun personal de la Policía Nacional y de pensión de invalidez para el personal uniformado de la fuerza pública"

DECRETO 761 DE 2014

"Por el cual se encarga Alcalde Mayor de Bogotá D. C."

DECRETO 742 DE 2014

"Por el cual se modifica el artículo 1° del Decreto 171 de 2014 y dictan otras disposiciones".

DECRETO 741 DE 2014

"Por el cual se modifica el artículo 2° del Decreto 172 de 2014".

DECRETO 731 DE 2014

"Por el cual se adoptan medidas en materia de subsidios".

DECRETO 681 DE 2014

"Por el cual se crea un programa para el reentrenamiento laboral y la formación a lo largo de la vida".

DECRETO 674 DE 2014

"Por el cual se modifican los plazos en el proceso de compensación y funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA y se dictan otras disposiciones"

DECRETO 673 DE 2014

"Por el cual se modifica el Título 2 del Libro 36 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010 Y se dictan otras disposiciones"

DECRETO 756 DE 2014

"Por medio del cual se rinde honores a la vida, obra y memoria del escritor colombiano, premio Nobel de Literatura Gabriel García Márquez".

DECRETO 115 DE 2014

“Por el cual se prorroga el termino establecido en el artículo 57 del Decreto 599 de 2013”

DECRETO 1980 DE 2012

Por medio del cual se reglamenta la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010

DECRETO 1858 DE 2012

Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo y de la Policía Nacional

DECRETO 0724 DE 2012

por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial del personal uniformado activo de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional del Ministerio de Defensa Nacional

DECRETO 4829 DE 2011

por el cual se reglamenta el capítulo 111 del título IV de la Ley 1448 de 2011 en relación con la restitución de tierras

DECRETO 4802 DE 2011

Por el cual se establece la estructura de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas

DECRETO 4801 DE 2011

Por el cual se establece la estructura interna de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

DECRETO 4800 DE 2011

Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones

DECRETO 4635 DE 2011

Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras

DECRETO 4634 DE 2011

Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo Rrom o Gitano

DECRETO 4633 DE 2011

Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los Pueblos y Comunidades indígenas.

7.4.3. Resoluciones

RESOLUCION 90497 DE 2014

"Por la cual se modifica la Resolución 18 0522 del 29 de marzo de 2010, en relación con el procedimiento para el reconocimiento de subsidio para refinadores e importadores de gasolina motor corriente y ACPM".

RESOLUCION 02086 DEL 30/05/2014

Por la cual se fijan las condiciones técnicas del equipo, instalación, identificación, funcionamiento y monitoreo del sistema de posicionamiento global (GPS) u otro dispositivo de seguridad y monitoreo electrónico y el mecanismo de control para el cambio del dispositivo, así como los parámetros para la autorización de proveedores de servicio y

el registro respectivo”.

RESOLUCION 3549 DE 2014

"por la cual se señala y fija el monto de la partida diaria de alimentación para el personal de soldados, alféreces, guardiamarinas, pilotines, cadetes, alumnos de las escuelas de formación de Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y se fija el monto de la prima especial de alimentación de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones complementarias".

RESOLUCION 2942 DE 2014

"por la cual se fija la tasa de cambio por concepto de trámites y servicios que se presten o deban pagarse en Colombia para el segundo cuatrimestre de 2014".

RESOLUCION 1715 DE 2014

"por la cual se precisan las condiciones para la aplicación del mecanismo único de recaudo y pago de aportes al Fosyga y se dictan otras disposiciones".

RESOLUCION 1577 DE 2014

"por la cual se autoriza la operación de compra de cartera con cargo a los recursos de la Subcuenta de Garantías para la Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)".

RESOLUCION 1569 DE 2014

"por la cual se modifica el párrafo transitorio del artículo 5° de la Resolución número 654 de 2014"

RESOLUCION 01281 DE 2014

"Por la cual se definen lineamientos para integrar la información generada por el Observatorio Nacional de Salud".

RESOLUCION 1156 DE 2014

"por medio de la cual se autoriza a los Centros de Diagnóstico Automotor habilitados por el Ministerio de Transporte y que cuentan con acreditación para realizar la revisión de vehículos livianos para realizar la revisión técnico-mecánica de los vehículos tipo motocarro".

RESOLUCION 1152 DE 2014

"por la cual se determina el contenido y el procedimiento para la expedición de la Guía de Movilización o Tránsito de la Maquinaria, de que trata el artículo 9° del Decreto número 723 de 2014".

RESOLUCION 926 DE 2014

"por la cual se modifican las Resoluciones números 1363 del 28 de junio de 2012 y 356 del 5 de marzo de 2013 y se dictan otras disposiciones".

RESOLUCION 115 DE 2014

“Por la cual se establece la capacidad transportadora global de la ciudad y las particulares de las empresas de transporte automotor público colectivo de pasajeros”

RESOLUCION 4015 DE 2011

Por la cual se reglamentan y establecen los Distintos de habilidad ALAS DE LA AVIACION POLICIAL

RESOLUCION 3057 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Policia Gabriel González

RESOLUCION 3056 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Telemática y Electrónica Teniente Coronel Jorge Luis Mauledoux Baron

RESOLUCION 2979 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el distintivo de la Oficina de Comunicaciones Estratégicas

RESOLUCION 2978 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Policia Metropolitana de Bogotá Teniente Coronel JULIAN ERNESTO GUEVARA CASTRO

RESOLUCION 2020 DE 2011

Por la cual se modifica la Resolución 03372 del 26 de octubre de 2009 Reglamento de Uniformes, Condecoraciones y Distintivos para el personal de la Policia Nacional

RESOLUCION 1810 DE 2011

Por la cual se crea y reglamenta la presilla de la Fuerza de Control Urbano

RESOLUCION 1576 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de Protección y Seguridad de Personas

RESOLUCION 1575 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo Fuerza de Control Urbano

RESOLUCION 1574 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Suboficiales y Nivel Ejecutivo Gonzalo Jiménez de Quesada

RESOLUCION 1573 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo Grupo Remonta y Veterinaria

RESOLUCION 1572 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela Nacional de Carabineros Alfonso López Pumarejo

RESOLUCION 1571 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla al Mérito Canino

RESOLUCION 1570 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela Nacional de Operaciones Brigadier General Jaime Ramírez Gómez

RESOLUCION 1569 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Policía Carlos Eugenio Restrepo

RESOLUCION 1568 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Policía Simón Bolívar

RESOLUCION 1567 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Policía Antonio Nariño

RESOLUCION 1566 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Carabineros Alejandro Gutiérrez

RESOLUCION 1565 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo del curso de Control de Multitudes de los Escuadrones Móviles de la Policía Nacional

RESOLUCION 1564 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla Servicios Distinguidos

RESOLUCION 1563 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla de Bienestar Social MARIA DE SAN LUIS

RESOLUCION 1562 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla de la Dirección de Carabineros y Seguridad Rural Coronel LUIS AUGUSTO TELLO SANCHEZ

RESOLUCION 1561 DE 2011

Por la cual se crea la medalla de la Dirección de Protección y Servicios Especiales Cabo Segundo LUIS EDUARDO PINTO FUENTES

RESOLUCION 1560 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla Dirección de Transito y Transporte Coronel JOSE ARISTIDES PUENTES BLANCO

RESOLUCION 1559 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla de la Inspección General Brigadier General JAIME RAMIREZ GOMEZ

RESOLUCION 1558 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL

RESOLUCION 1557 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Oficina de Telemática

RESOLUCION 1556 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Inspección General

RESOLUCION 1555 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Dirección de Incorporación

RESOLUCION 1554 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Dirección de Talento Humano

RESOLUCION 1553 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla de la Dirección de Incorporación

Coronel(R)JOSE FABIO TRUJILLO FERNANDEZ

RESOLUCION 1552 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Policía Yuto Miguel

Antonio Caicedo Mena

RESOLUCION 1552 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Policía Yuto Miguel

Antonio Caicedo Mena

RESOLUCION 1551 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla Dirección de Inteligencia Policial Teniente

Coronel JAVIER ANTONIO URIBE URIBE

RESOLUCION 1550 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo Policía Fiscal y Aduanera

RESOLUCION 1549 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla de la Dirección de Sanidad Mayor General

HENRY GARCIA BOHORQUEZ

RESOLUCION 1548 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo Seguridad Social Presidencial

RESOLUCION 1547 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establécela Medalla Sargento Mayor LUIS ALBERTO

TORRES HUERTAS

RESOLUCION 1546 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol Mayor PEDRO ALEJANDRO ROJAS BETANCOURT

RESOLUCION 1545 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla de la Dirección de Talento Humano ALBERTO LLERAS CAMARGO

RESOLUCION 1544 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla Al Mejor Estudiante

RESOLUCION 1543 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla CARLOS HOLGUIN

RESOLUCION 1542 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla AL MERITO DE LA AVIACION POLICIAL

RESOLUCION 1541 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla AL MERITO CIUDADANO

RESOLUCION 1540 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Cadetes de Policía General Francisco de Paula Santander

RESOLUCION 1539 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Carabineros Eduardo Cuevas García

RESOLUCION 1538 DE 2011

Por el cual se reglamenta y establece el distintivo de la Escuela de Guías y Adiestramiento Canino Agente Álvaro Rojas Ahumada

RESOLUCION 1537 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla Dirección Antisecuestro y Antiextorsión

Teniente Coronel LUIS ORLANDO OSPINA ARIAS

RESOLUCION 1536 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla Comisario JUAN MARINO
MARCELINO GILIBERT

RESOLUCION 1535 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Dirección Antisecuestro y
Antiextorsión de la Policía Nacional

RESOLUCION 1534 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Dirección de Inteligencia Policía de
la Policía Nacional

RESOLUCION 1533 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Dirección de Carabineros y
Seguridad Rural de la Policía Nacional

RESOLUCION 1532 DE 2011

Por la cual se reglamenta el distintivo de la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía
Nacional

RESOLUCION 1531 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Dirección de Protección y Servicios
Especiales de la Policía Nacional

RESOLUCION 1530 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Dirección Nacional de Escuelas

RESOLUCION 1529 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo Curso de Antisecuestro y Antiextorsión

RESOLUCION 1528 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Aviación Policial

RESOLUCION 1527 DE 2011

RESOLUCION 1526 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Aviación Policial

RESOLUCION 1525 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla Dirección de Antinarcóticos Mayor

WILSON QUINTERO MARTINEZ

RESOLUCION 1524 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela Provincia del Sumpaz

Intendente Maritza Bonilla Ruiz

RESOLUCION 1523 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Carabineros Rafael

Núñez

RESOLUCION 1522 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Investigación Criminal

Teniente Coronel Elkin Molina Aldo

RESOLUCION 1521 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Escuela de Policía en Protección y

Seguridad

RESOLUCION 1520 DE 2011

Por la cual se reglamenta el Distintivo de la Escuela de Policía Carlos Holguín Malario

RESOLUCION 1519 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece la Medalla de la Dirección Nacional de Escuelas al

Mérito Docente Doctor GABRIEL GONZALEZ LOPEZ

RESOLUCION 1349 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece de la OCN INTERPOL Colombia "Mayor Juan Carlos

Guerrero Barrera"

RESOLUCION 1348 DE 2011

Por la cual se reglamenta y establece el distintivo de la "Oficina Central Nacional

INTERPOL Colombia"

RESOLUCION 00811 DE 2011

Por la cual se adiciona el Anexo N°. 5 al Manual de Contratación de la Policía Nacional, y se efectúan algunas previsiones

RESOLUCION 3199 DE 2010

Por la cual se reglamenta y establece el Distintivo de la Oficina de Planeación

RESOLUCION 02883 DE 2010

Por la cual se crea y reglamenta el programa de Auxilio Económico que otorga la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional a través del Grupo de Asistencia Psicosocial del Área de Asistencia Social

RESOLUCIÓN 00936 DE 2010

DERIS Por la cual se modifica la estructura orgánica del Departamento de Policía Risaralda
y se deroga la Resolución No. 01557 del 28 de mayo de 2009

RESOLUCION 00400 DE 2010

Por la cual se delega en algunos funcionarios, la competencia para contratar, comprometer y ordenar el gasto, en desarrollo de las apropiaciones incorporadas al presupuesto de la Policía Nacional y suscribir convenios y/o contratos interadministrativos.

7.5. Evaluación de la política publica de Seguridad Integral para la Prosperidad

La evaluación de las políticas públicas se realiza con el fin de conocer la eficacia y la eficiencia que ha tenido el estado, tomando decisiones y reflejándolas en los resultados; a lo largo de la historia se han modificado los métodos tradicionales de la administración pública como en los años sesenta en Europa con la implementación de la gestión pública que generó un nuevo enfoque y reflejó la tensión entre la legitimidad tradicional basada en el respeto a la ley y reglamentos y una legitimidad fundada en los objetivos y los resultados.

En Colombia La evaluación de la política del sector (PISDP) tiene establecidos unos lineamientos para rendir cuentas basándose en los principios de eficiencia y transparencia y

para lograr medir los logros alcanzados en la GUIA PARA EL PLANEAMIENTO ESTRATEGICO 2011-2014⁴²⁵ tal y como lo especifica la doctrina. Los actores que la realizaron fueron las direcciones del ministerio de defensa nacional, las fuerzas militares y la policía nacional. Como resultado de este trabajo se seleccionaron indicadores y metas que se podían controlar, medir y retroalimentar de forma periódica, los encargados del liderazgo del programa son los Directores del Ministerio de Defensa Nacional y estos son los encargados de actualizar semestralmente los indicadores de resultado y su justificación; para que luego la dirección nacional de planeación y presupuestación del sector Defensa se encargue de consolidar y realizar informes periódicos del seguimiento de logros y avances de la PISDP y a su vez actualizar los indicadores que fueron priorizados para reportarlos al Sistema de Seguimiento a Metas de Gobierno –SISMEG-.para el seguimiento a los recurso está encargada la Dirección de Planeación y Presupuestación del Sector Defensa delegada para realizar reuniones e informes periódicos para detectar alertas tempranas sobre la ejecución de las acciones. El ministerio ha creado un programa para tener un seguimiento sobre todo lo relacionado con la política pública de tal manera que todas las entidades tengan una rendición de cuentas pero los criterios de evaluación seleccionados por los evaluadores son definidos de acuerdo a los solicitantes de la evaluación y es por esta razón que no todos los actores de la política se sienten conformes, pero pueden observar la eficacia y la eficiencia que se ha percibido con la implementación de la política.

No existe una definición genérica sobre la evaluación, pero, instituciones como el Consejo Científico de la Evaluación en 1991 definió la evaluación como "la actividad de recolección, de análisis y de interpretación de la información relativa a la implementación y al impacto de medidas que apuntan a actuar sobre una situación social así como en la preparación de medidas nuevas" reconocida la evaluación como una actividad que relaciona tres dimensiones: una dimensión cognitiva, aportando conocimiento; instrumental, haciendo parte de un proceso de acciones y la dimensión normativa, interpretando a partir de valores. La PISDP tiene en general todos los criterios establecidos para evaluar la

⁴²⁵ file:///F:/Usuarios/Usuario/Downloads/Guia_Planeamiento_Estrategico_2011-2014.pdf

política como la eficiencia definida por la Rae como “*la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado*”⁴²⁶ como aparece en el siguiente mapa, logran tener un presupuesto muy similar en los dos años en el tercer semestre pero los objetivos siguen siendo los mismos. Se puede concluir que tiene como meta racionalizar el gasto o realizar con el mismo presupuesto más objetivo o estos con un presupuesto menor, pero no logran tener el resultado esperado pues siguen teniendo los mismos objetivos y cada año se les aumenta cierta cantidad de capital al presupuesto.

PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION, EJECUCION PRESUPUESTO SECTOR DEFENSA. TERCER TRIMESTRE

(Aportes de la Nación + Recursos Propios)	2013	2014
Sector central	20.316.081	21.128.265
Sector descentralizado	5.729.775	27.344.344
COMPROMISOS, Sector central	15.795.366	15.715.643
Sector Descentralizado	3.967.972	19.492.994

7.5.1. Niveles de evaluación

Diferentes autores realizan la clasificación de las modalidades de concebir la evaluación, para conocerla. Se acogerá la estructura dada por Nioche⁴²⁷: evaluación a nivel de medios, de resultados, de impactos, de eficiencia y de satisfacción.

1. Evaluación a nivel de medios

⁴²⁶ Eficiencia. Diccionario de la lengua española (vigésima segunda edición), Real Academia Española, 2014.

⁴²⁷ NIOCHE, Jean-Pierre, 1982^a, “*De l’évaluation à l’analyse des politiques publiques*” en *Revue Francaise de Science Politique*, Vol.31, N°1, Février, pp. 32-61-

Consiste en verificar los medios previstos para la implementación de una decisión con el espacio y tiempo indicado, en Colombia el encargado de esta evaluación por lo general es la Contraloría y las oficinas de control interno de los administradores.

2. Evaluación a nivel de resultados

Indica los resultados obtenidos en la administración pública y los compara con los objetivos planteados, es en esta donde se mide los efectos inmediatos alcanzados por la entidad de ejecución de acuerdo a indicadores cuantitativos.

3. Evaluación a nivel de impactos

Considera más los indicadores cualitativos determinando los efectos previstos y no previstos que indujeron la acción pública en el entorno social y económico, tiene un problema este nivel porque genera un consenso artificial entre los actores y no toman en cuenta las dificultades que pudieron llegar a tener.

4. Evaluación a nivel de Eficiencia

Su objetivo es relacionar los efectos obtenidos con los medios utilizados y determinar la eficiencia del dispositivo para el programa. Permite conocer muy bien los hechos que se dieron en la implementación.

5. Evaluación a nivel de Satisfacción

Responde a preguntas establecidas para ver la satisfacción de la implementación dejando de lado los objetivos planteados ya que considera que se pueden resolver las necesidades de la población y no necesariamente cumplir con los objetivos establecidos pues estos pueden sesgar la satisfacción de la necesidad.

7.5.2. Tipos de evaluación

Al ser un tema complejo se deben realizar tres preguntas principales para dar respuesta a ellas de acuerdo al tipo de evaluación, las preguntas de ¿cuándo se evalúa? referente al momento en que se desarrolla la actividad de evaluación, ¿para qué y qué se evalúa? determina las finalidades de la evaluación y los objetivos a evaluar y el tipo de evaluación

que requiere, ¿quién evalúa? es la posición de los evaluadores en el proceso.

El momento de la evaluación tiene tres oportunidades: la evaluación *ex facto*, *a priori* o de factibilidad, utilizada para pronosticar los impactos futuros causados por un proyecto, en general se utiliza para analizar las propuestas de ley, programa o proyecto determinando los efectos que tendría su implementación, basada en tres criterios: eficacia, su impacto previsible y su impacto en otras políticas públicas. La evaluación *concomitante* es aquella que acompaña la puesta en marcha del proyecto o programa, busca controlar el desarrollo de los procedimientos previstos y permitir la detección de problemas para realizar ajustes de acuerdo al tiempo. Este tipo de evaluación puede ser de carácter continuo o periódico y puede ser realizado por personal de la administración o por un ente externo. Una figura adicionalmente utilizada es la auditoria, utilizada por medio de un informe a partir de documentos, libros que dan cuenta de las actividades realizadas por las entidades implementadoras; quien la realiza por lo general es externo a la entidad y está limitado a la revisión y control periódico de la contabilidad y la gestión de la entidad.

Por último la evaluación *ex post*, retrospectiva o a posteriori es la más utilizada; analiza los efectos de un programa o de una política pública luego de efectuada su implementación y de ella se obtiene las posibles falencias a tener en cuenta para las próximas políticas así mismo necesita de un rigor en la aplicación de las herramientas metodológicas. En esta política utilizan la evaluación concomitante y post facto ya que se realiza cada semestre sobre las metas propuestas en la política general y al final de su realización se hace una evaluación general sobre los objetivos planteados como se verá más adelante.

7.5.3. Modos de evaluación

Según Majone⁴²⁸ considera tres modos de evaluación de *qué* se evalúa: los insumos utilizados, los procesos o resultados obtenidos. En el primer caso la evaluación está

⁴²⁸ MAJONE, Giandomerico, 1997, Evidencia, Argumentación y persuasión en la formulación de políticas, FCE, México.

centrada en “los recursos, habilidades y personas que participan en la actividad”; en segundo, “los insumos políticos, económicos y de otra clase de productos o resultados son transformados por los métodos usados” y por último la evaluación de resultados “se concentra en las consecuencias de una actividad particular. Según el autor la elección del modo de evaluación dependerá de dos elementos: el grado de los resultados y el grado de conocimiento del proceso.

De acuerdo con el informe presentado por el ministerio de defensa, dirección de estudios estratégicos y el grupo de información estadística se realizó un comparativo entre los años 2002 a 2014 con temas como criminalidad, resultados operacionales, afectación de las propias tropas y pie de fuerza. Para el tema que nos atañe utilizaremos el intervalo de años entre el 2010 a 2014.

- Criminalidad y violencia: entre los años 2010 a 2014 en el periodo de enero a octubre se puede observar en temas como: protección de la vida y la integridad personal, protección a la libertad individual y otras garantías constitucionales, protección del patrimonio económico, protección a la familia, a los recursos naturales y el medio ambiente y el fortalecimiento a la seguridad pública; una disminución leve en temas específicos pero por otra parte en temas concretos como rescate de secuestrados, disminución de acciones subversivas, hostigamiento, emboscadas, contacto armado, estas aumentaron el número que en otros años se había obtenido.
- Afectación Fuerza Pública: los heridos y asesinados en las FFMM, PONAL y la fuerza pública, disminuyó un poco pero sigue siendo un resultado alto y más en heridos pues en el año 2013 se presentó la mayor cantidad de heridos que fueron 4.536 y en el 2014, 2.995 tendió a bajar el número.
- Resultados Operacionales: analizan temas generales como los grupos armados ilegales, Bacrim y narcotráfico y los resultados obtenidos son muy bajos y presentan dificultades en atacar esos problemas de narcotráfico tanto en acabar con la infraestructura, la erradicación, la comercialización y el consumo de drogas

psicoactivas, en este objetivo trazados por la política de seguridad para prosperidad no se observan resultados significativos para acabar el problema o disminuirlo se observa que las operaciones realizadas no han dado con los resultados queridos.

- Pie de Fuerza: son los efectivos de las FFMM, PONAL y la fuerza Pública sus resultados dejan entrever que hay un grado de alerta mínimo al tener un pie de fuerza en un rango normal y no aumentar con el tiempo.

Resultados Operacionales

Amenaza	Ene-Oct 2002	Ene-Oct 2003	Ene-Oct 2004	Ene-Oct 2005	Ene-Oct 2006	Ene-Oct 2007	Ene-Oct 2008	Ene-Oct 2009	Ene-Oct 2010	Ene-Oct 2011	Ene-Oct 2012	Ene-Oct 2013	Ene-Oct 2014	Var. Abs 2013 - 2014	Var. % 2013 - 2014	Tendencia
Grupos armados ilegales (Farc, Eln y disidencias)																
Desmovilizados individuales	1.048	1.409	1.475	1.194	1.718	2.665	2.994	2.333	2.043	1.314	943	1.120	1.128	8	0,7%	
Capturas	3.050	6.353	5.523	4.343	4.265	2.945	2.219	1.892	1.504	1.770	2.757	2.217	2.453	236	10,6%	
Muertos en combate	1.483	1.689	1.668	1.570	1.807	1.779	1.109	505	415	329	367	280	265	-15	-5,4%	
Armas incautadas	2.758	4.006	4.016	3.575	3.911	4.023	4.667	3.084	2.489	1.755	2.409	2.194	2.296	102	4,6%	
Munición incautada	340.136	1.141.506	1.101.110	1.267.810	637.048	615.646	1.328.322	978.594	691.416	610.832	539.036	356.974	354.247	-2.727	-0,8%	
Equipos de comunicación incautados	689	927	998	1134	1493	1460	1501	1213	1154	1032	1234	1248	1618	370	29,6%	
Embarcaciones incautadas	26	39	53	130	38	82	81	36	32	25	29	56	50	-6	-10,7%	
Vehículos incautados	1.102	947	837	636	499	296	246	144	210	188	325	345	408	63	18,3%	
Aeronaves incautadas	2	0	2	3	1	0	0	0	0	2	2	0	0	0		
BACRIM																
Capturas						1.772	1.873	2.580	2.800	3.365	3.807	3.442	2.304	-1.138	-33,1%	
Muertos en combate						544	373	46	41	36	35	27	23	-4	-14,8%	
Armas incautadas						1.764	4.142	2.347	2.147	1.502	3.654	1.426	868	-558	-39,1%	
Munición incautada						309.818	1.015.472	363.226	192.068	211.373	790.571	145.589	58.789	-86.790	-59,6%	
Equipos de comunicación incautados						655	869	770	820	1.206	1.448	877	746	-131	-14,9%	
Embarcaciones incautadas						40	38	40	32	37	22	32	9	-23	-71,9%	
Vehículos incautados						212	285	166	128	146	248	222	246	24	10,8%	
Aeronaves incautadas						0	0	0	0	0	0	0	0	0		



Criminalidad y violencia

Descripción	Ene-Oct 2002	Ene-Oct 2003	Ene-Oct 2004	Ene-Oct 2005	Ene-Oct 2006	Ene-Oct 2007	Ene-Oct 2008	Ene-Oct 2009	Ene-Oct 2010	Ene-Oct 2011	Ene-Oct 2012	Ene-Oct 2013	Ene-Oct 2014	Var. Abs 2013 - 2014	Var. % 2013 - 2014	Tendencia
1. Protección de la vida y la integridad personal																
Homicidio común	24.640	19.653	17.272	15.068	14.349	14.364	13.607	13.117	12.844	13.317	13.451	12.952	10.834	-2.118	-16,4%	
Homicidio automotor (solo civiles no uniformados)	18.026	15.641	13.554	12.877	12.875	12.410	12.337	12.144	12.678	12.652	12.215	10.295	-1.920	-15,7%		
Homicidio en accidentes de tránsito	3.726	3.407	3.414	3.181	3.317	3.377	3.191	3.936	3.758	3.547	3.747	4.075	3.702	-283	-6,9%	
Homicidio colectivo (víctimas)	624	413	242	230	181	112	113	110	153	150	115	84	46	-44	-52,4%	
Homicidio colectivo (asos)	103	74	44	43	34	23	25	24	32	32	26	20	6	-11	-55,0%	
Lesión común	34.935	32.756	27.640	26.802	30.326	40.465	57.448	46.314	45.339	51.873	69.758	10.831	67.705	-3.126	-4,4%	
Lesión común en accidente de tránsito	11.700	12.062	10.818	8.296	10.855	13.374	20.898	30.853	30.603	32.118	32.524	35.587	32.392	-3.195	-9,0%	
2. Protección de la libertad individual y otras garantías constitucionales																
Secuestro total	2.437	1.913	1.289	712	610	481	379	180	230	267	262	259	253	-6	-2,3%	
Secuestro extorsivo	1.441	1.140	658	335	254	212	167	135	165	180	146	140	140	0	0,0%	
Secuestro simple	842	669	610	344	356	269	212	45	65	87	116	119	113	-6	-5,0%	
Rescate de secuestrados	54	355	223	136	132	129	127	75	79	116	52	87	85	-2	-2,3%	
Delitos sexuales	54	3.406	3.644	3.832	5.805	6.390	6.047	6.824	5.923	7.220	9.957	10.531	8.002	-2.529	-24,0%	
3. Protección del patrimonio económico																
Hurto de vehículos	25.956	23.481	19.434	16.009	16.833	16.578	16.550	17.965	17.904	25.623	27.825	27.606	25.769	-1.837	-6,7%	
Hurto automotor	14.850	13.167	10.609	8.535	7.868	7.258	7.113	6.978	6.764	8.631	7.952	7.642	6.446	-1.176	-15,7%	
Hurto de motocicletas	11.106	10.314	8.825	7.474	8.965	9.312	9.437	10.987	11.140	16.992	19.873	19.303	19.303	-461	-2,3%	
Hurto común	50.658	52.046	40.806	57.175	76.147	72.455	89.612	80.611	78.563	86.385	109.681	118.627	112.389	-6.438	-5,4%	
Hurto a residencias	13.000	13.786	12.655	12.298	16.973	15.678	17.769	15.754	14.876	15.583	19.346	18.358	16.193	-2.165	-11,8%	
Hurto a comercios	9.791	11.015	9.930	11.030	13.675	12.935	14.672	12.522	11.218	13.097	18.760	19.668	17.757	-1.911	-9,7%	
Hurto a personas	27.868	27.245	24.490	33.857	45.499	43.842	57.171	52.335	52.469	57.705	71.575	60.801	78.439	-2.362	-2,9%	
Hurto a entidades financieras	220	153	83	75	76	96	102	78	63	86	80	72	91	19	26,4%	
Piratería terrestre	1.226	1.520	791	588	545	494	556	487	354	360	340	394	298	-105	-26,6%	
Extorsión	1.790	2.018	2.125	1.583	1.478	951	323	1.202	1.208	1.603	2.031	4.507	3.027	-1.480	-32,6%	
4. Protección a la familia																
Violencia intrafamiliar	6.960	10.110	11.223	16.843	17.684	18.380	21.622	20.317	23.364	28.680	29.338	27.006	-2.242	-7,6%		
5. Protección de los recursos naturales y el medio ambiente																
Delitos contra los recursos naturales y medio ambiente	1.311	2.139	3.012	4.274	4.057	4.687	4.423	3.279	1.849	4.436	4.730	2.198	-2.532	-53,5%		
6. Fortalecimiento de la seguridad pública																
Terrorismo	1.441	1.126	660	513	569	341	424	415	406	476	839	794	653	-141	-17,8%	
Voladura de oleoductos	73	111	88	90	90	48	30	28	21	52	142	229	127	-102	-44,5%	
Voladura de torres de energía	441	307	112	151	208	108	137	75	21	68	44	93	37	-56	-60,2%	
Voladura de vías	215	283	216	110	152	47	82	40	42	35	69	23	19	-4	-17,4%	
Voladura de puentes	93	42	12	12	10	9	2	1	0	1	6	5	4	-1	-20,0%	
Acciones subversivas	535	282	230	186	69	46	142	106	120	155	122	145	23	-198	-18,9%	
Asalto a población	8	2	3	1	9	8	1	2	0	2	0	0	0	0	0,0%	
Ataque a aeronaves	21	2	5	7	3	2	2	4	7	3	6	2	4	-4	-66,7%	
Ataques a instalaciones	31	17	13	7	2	0	6	7	13	21	29	15	14	-14	-48,3%	
Hostigamiento	185	120	88	60	27	18	79	45	61	72	51	87	36	-36	-70,6%	
Emboscadas	35	27	24	14	9	5	25	29	21	32	11	16	5	-24	-45,5%	
Contacto armado	72	21	34	19	10	6	13	10	7	9	3	8	5	-3	-166,7%	
Incurción a población	4	0	0	0	0	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0,0%	
Retenes ilegales	217	92	63	48	18	3	16	9	8	15	2	9	6	-6	-27,3%	

Afectación Fuerza Pública

Fuerza y tipo	Ene-Oct 2002	Ene-Oct 2003	Ene-Oct 2004	Ene-Oct 2005	Ene-Oct 2006	Ene-Oct 2007	Ene-Oct 2008	Ene-Oct 2009	Ene-Oct 2010	Ene-Oct 2011	Ene-Oct 2012	Ene-Oct 2013	Ene-Oct 2014	Var. Abs 2013 - 2014	Var. % 2013 - 2014	Tendencia
Asesinados Fuerzas Militares	404	425	404	436	373	301	258	304	257	312	221	263	148	-115	-43,7%	
Asesinados Policía Nacional	158	110	100	160	115	95	67	96	135	119	122	81	89	-28	-45,9%	
Asesinados Fuerza Pública	562	535	504	596	488	396	325	400	392	431	343	324	237	-87	-26,9%	
Heridos Fuerzas Militares	916	1.032	1.082	870	887	806	770	816	684	757	757	798	431	-367	-46,0%	
Heridos Policía Nacional	418	533	593	507	553	724	679	735	1.002	1.183	1.334	1.470	1.282	-188	-12,8%	
Heridos Fuerza Pública	1.334	1.565	1.675	1.377	1.440	1.534	1.449	1.551	1.686	1.940	2.091	2.268	1.713	-555	-24,5%	

Fuente: Policía Nacional, Comando General de las Fuerzas Militares, Dirección Operativa para la Defensa de la Libertad Personal, Grupo de Atención Humanitaria al Desmovilizado, ISA y Escopetol.



Es importante anotar que la política pública de seguridad integral y defensa para la prosperidad del gobierno Santos, no establece la elaboración de documentos operacionales y capacitación a las fuerzas militares y de policía sobre derechos humanos; sin embargo en las memorias al congreso 2012-2013⁴²⁹ reportan la expedición por parte del ministerio de Defensa de una Directiva Ministerial N° 11 de 2011, estableciendo instrucciones para unificar criterios de organización y archivos de documentos para construir las memorias de

⁴²⁹<http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Prensa/Documentos/memorias2012-2013.pdf>

las unidades. Con base en él se realizó un seminario-taller denominado ‘Documentación operacional, como garantía de los DD. HH. y del DIH en el planeamiento, ejecución y evaluación de las operaciones Militares’, en el cual participaron diversos miembros de las Fuerzas Militares, y contó con el apoyo de personal experto en lecciones aprendidas del Comando Sur de Estados Unidos, Naciones Unidas y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Además se realizaron capacitaciones sobre Derechos Humanos y DIH durante el 2012 y el numero de capacitados en este periodo fue de 171.114 militares y civiles del Ejército Nacional, Armada Nacional y Fuerza Aérea recibieron capacitación curricular en la materia y 158.938 miembros de las Fuerzas Militares recibieron conocimientos en temas de actualidad, coyunturales y extracurriculares en diferentes áreas de DD. HH. Y DIH.⁴³⁰ Con esta información es preciso ver que el gobierno improvisa en la prevención de delitos contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario pues en la política pública creada y continuada en este gobierno no tienen un objetivo específico sobre la implementación de esta decisión y la capacitación que se les otorgaría a los miembros de las fuerzas. Además estas capacitaciones son de carácter limitado porque una política pública debe iniciar desde los actores que la implementan en casos específicos y por las cifras presentadas el número de miembros es muy reducido para su aplicación; entonces estas cifras llevan a concluir que es una implementación de ideas no específicas consagradas en objetivos y realizadas en divagaciones y aun mas que su implementación es corta y reducida para atender la violación a los derechos humanos.

No existe ningún elemento que permita concluir que el Gobierno Nacional haya adoptado una política pública tendiente a evitar la violación de los derechos humanos de los miembros de la fuerza pública, de acuerdo con lo sostenido en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

1.1.1. Evaluación de conocimiento de la política pública de seguridad integral para la prosperidad por parte de los miembros de la fuerza pública

⁴³⁰ Memorias de congreso 2012-2013.

Con la relación al conocimiento de la política pública de seguridad integral para la prosperidad por parte de los miembros de la fuerza pública, mediante el trabajo de acampo adelantado en esta investigación se pudo verificar que los miembros de la fuerza pública, componente Ejército, no han recibido capacitación sobre la política pública de seguridad para la prosperidad, tampoco la han recibido sobre los regímenes de responsabilidad del Estado y las causales de exoneración de responsabilidad.

Se tomo una muestra de 120 miembros del Ejército Nacional, 40 de ellos adelantaban curso para ascender de Capitán a Mayor, 40 para ascender de Teniente a Capitán y 40 para ascender de Cabo Primero a Sargento Segundo.

Al interior de las Fuerzas Militares los oficiales de grado Mayor son los segundos comandantes de los Batallones o, en muchos casos, son Comandantes de los Batallones de Contraguerrillas, los Capitanes son comandantes de las Compañías dentro de los Batallones y, en muchos casos, también se desempeñan como comandantes de Compañías de Contraguerrilla e, incluso, por necesidades del servicio, como comandantes de Batallones de contraguerrillas.

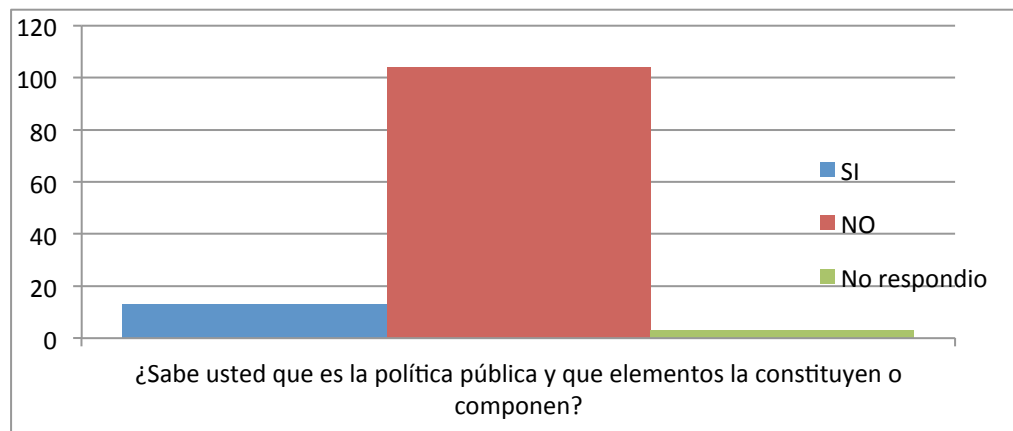
Se incluyó en las preguntas el uso de las armas de dotación oficial, porque estas son monopolio del Estado y, en últimas, son el medio material para lograr la defensa de las instituciones o causar lesiones a los particulares o a los mismos miembros de las fuerzas militares por su obsolescencia, como lo ha sostenido el mismo Consejo de Estado: *"Es evidente, entonces, por una parte, que, con anterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos, los superiores del cabo segundo y de los agentes adscritos a la Subestación de Policía de El Calvario tenían conocimiento de que ésta última se encontraba en una zona que presentaba graves alteraciones del orden público, por la presencia del grupo guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, y por otra, que existía una alta posibilidad de que se produjeran ataques 'terroristas' y, por lo tanto, que era necesario reemplazar las armas asignadas al personal adscrito a dicha subestación. Un indicio más de que un ataque de tal naturaleza era considerado inminente lo constituye la medida de evacuación nocturna de las instalaciones de la subestación, insuficiente sin*

*duda, para garantizar las condiciones de resistencia de los miembros de la misma, y aparentemente inadecuada frente a las necesidades de protección de la población"*⁴³¹.

Los resultados del trabajo de campo fueron los siguientes:

1. ¿Sabe usted que es la política pública y que elementos la constituyen o componen?

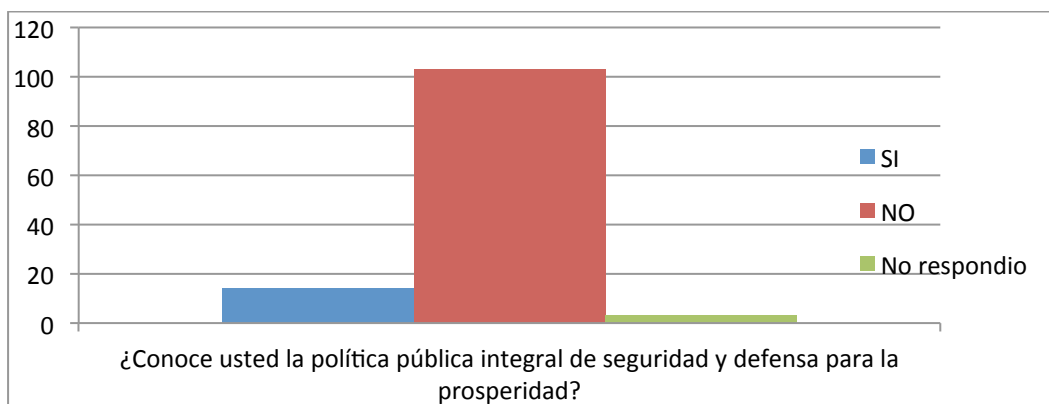
- Si: 13
- No: 104
- No respondió: 3



2. ¿Conoce usted la política pública integral de seguridad y defensa para la prosperidad?

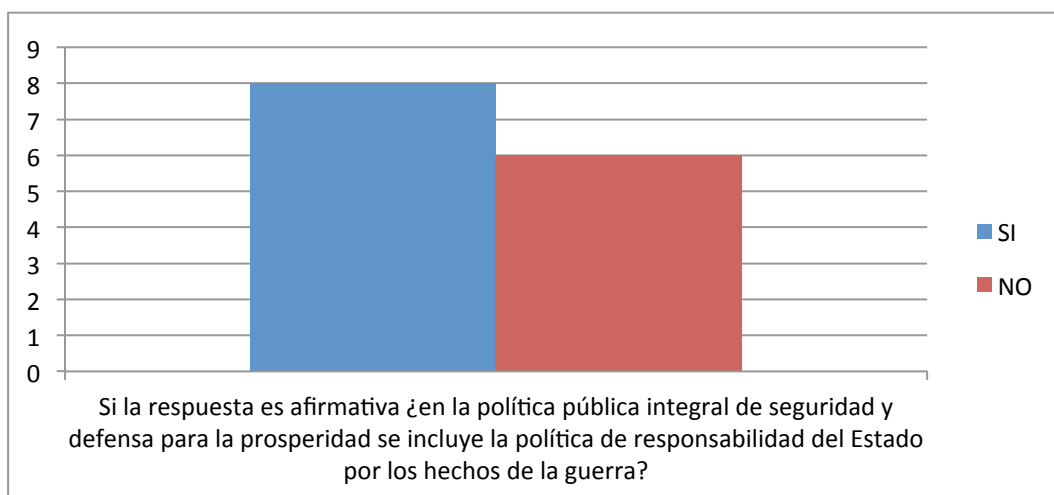
- Si: 14
- No: 103
- No respondió: 3

⁴³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, expediente 13553 7 de septiembre de 2001, Bogotá, M.P. HERNANDEZ, Alier E.



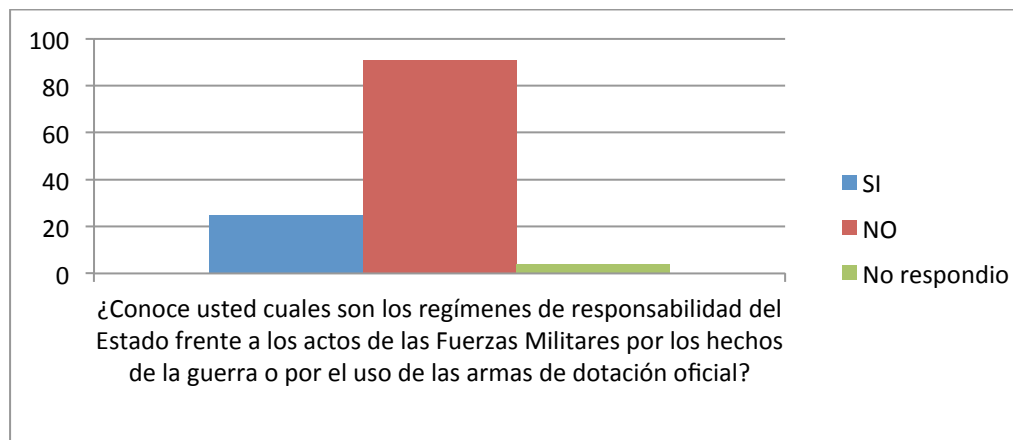
3. Si la respuesta es afirmativa ¿en la política pública integral de seguridad y defensa para la prosperidad se incluye la política de responsabilidad del Estado por los hechos de la guerra?

- Si: 8
- No: 6



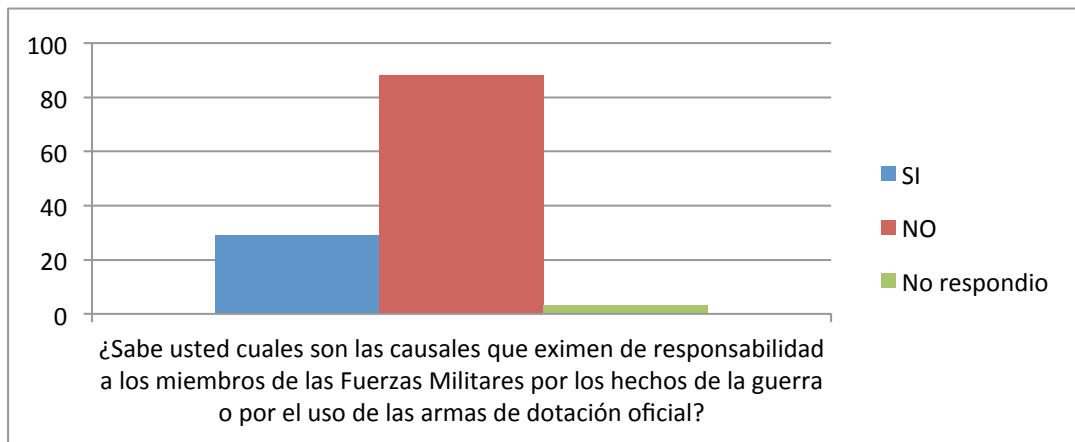
4. ¿Conoce usted cuales son los regímenes de responsabilidad del Estado frente a los actos de las Fuerzas Militares por los hechos de la guerra o por el uso de las armas de dotación oficial?

- Si: 25
- No: 91
- No respondió: 4



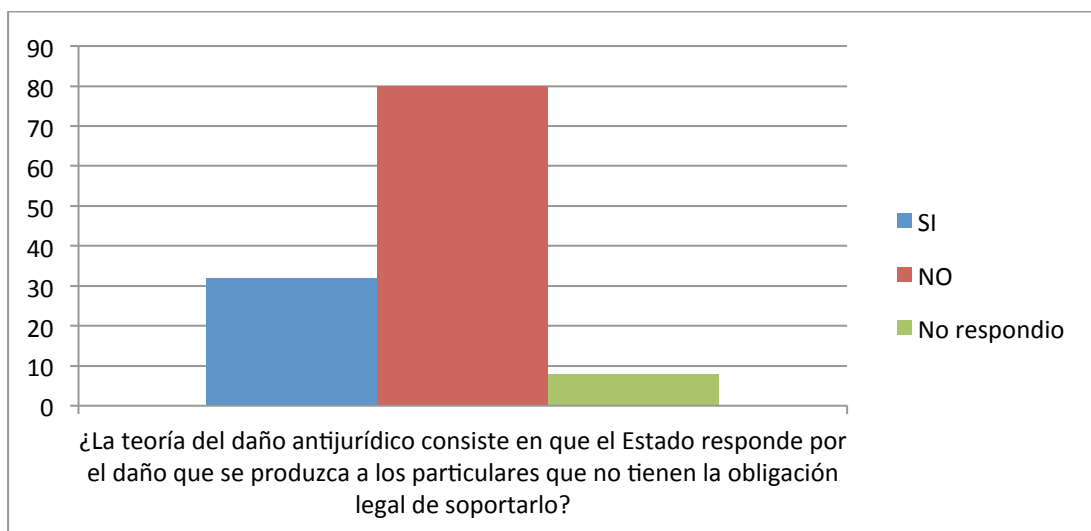
5. ¿Sabe usted cuales son las causales que eximen de responsabilidad a los miembros de las Fuerzas Militares por los hechos de la guerra o por el uso de las armas de dotación oficial?

- Si: 29
- No: 88
- No respondió: 3



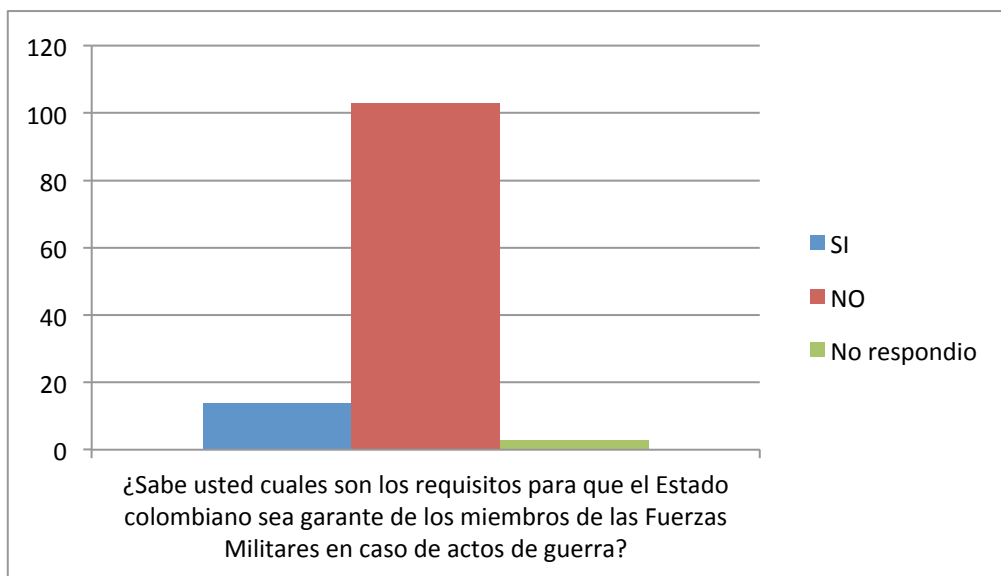
6. ¿La teoría del daño antijurídico consiste en que el Estado responde por el daño que se produzca a los particulares que no tienen la obligación legal de soportarlo?

- Si: 32
- No: 80
- No respondió: 8



7. ¿Sabe usted cuales son los requisitos para que el Estado colombiano sea garante de los miembros de las Fuerzas Militares en caso de actos de guerra?

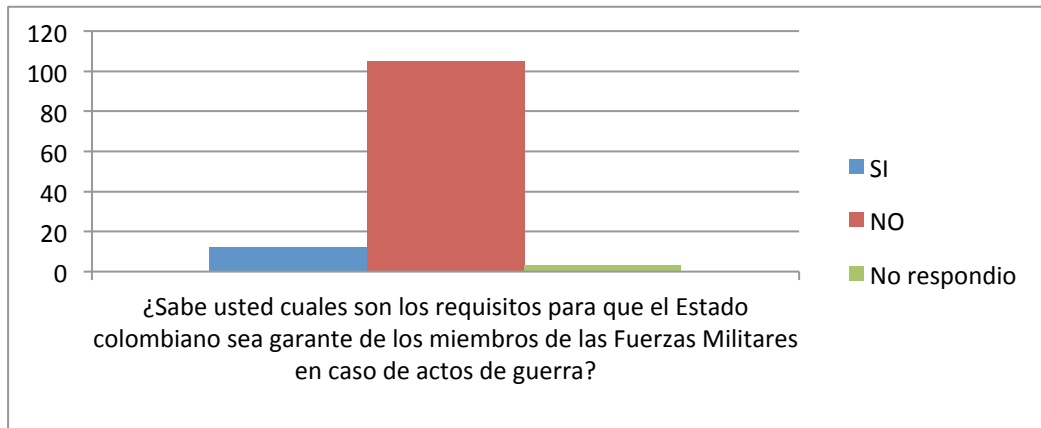
- Si: 14
- No: 103
- No respondió: 3



8. ¿Conoce usted alguna de las sentencias que condenó al Estado colombiano por la toma guerrillera de la base de las Delicias?

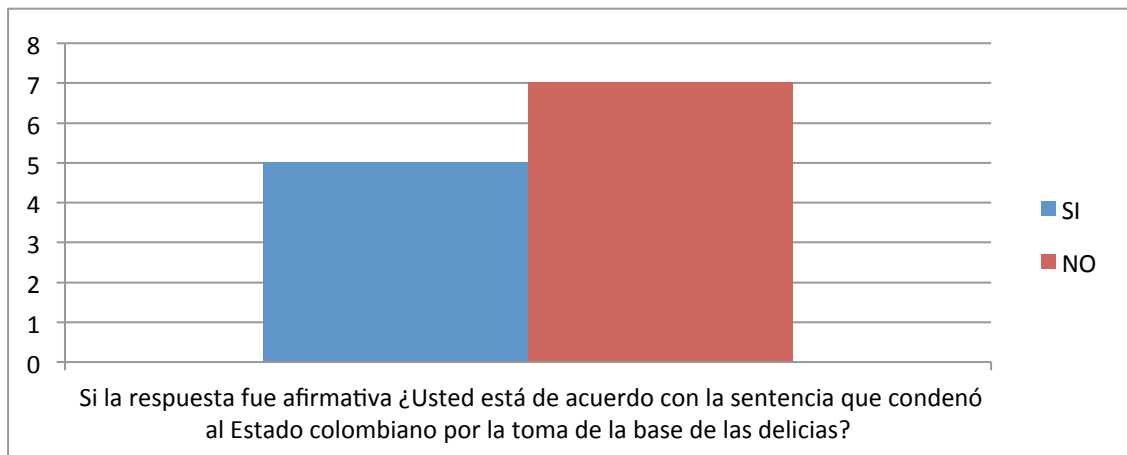
- Si: 12

- No: 105
- No respondió: 3



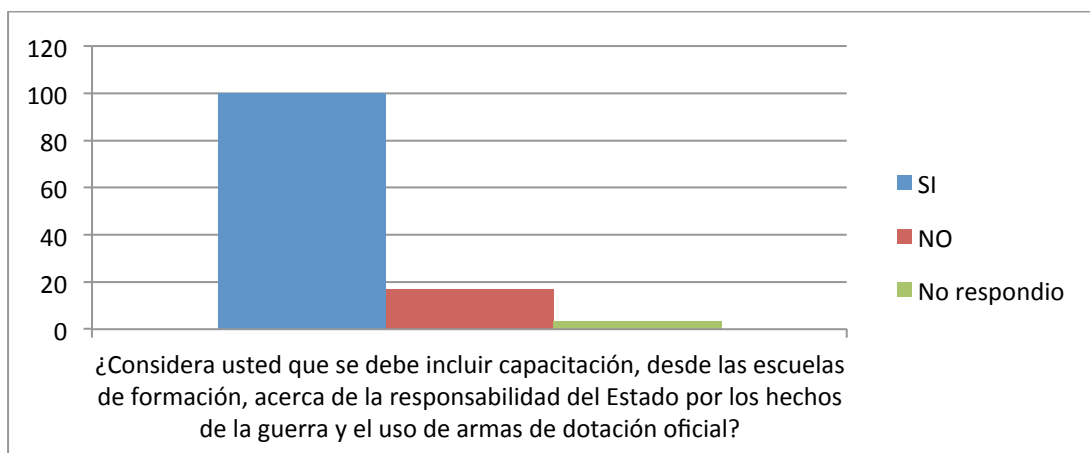
9. Si la respuesta fue afirmativa ¿Usted está de acuerdo con la sentencia que condenó al Estado colombiano por la toma de la base de las delicias?

- Si: 5
- No: 7



10. ¿Considera usted que se debe incluir capacitación, desde las escuelas de formación, acerca de la responsabilidad del Estado por los hechos de la guerra y el uso de armas de dotación oficial?

- Si: 100
- No: 17
- No respondió: 3



8. CONCLUSIONES

Los sistemas democráticos juegan un papel muy importante en la prestación eficaz y eficiente del servicio de seguridad, no sólo porque concentran, como en el caso colombiano, el monopolio del uso de las armas en el Estado, sino porque utilizan la fuerza con el único objetivo de defender los principios constitucionales y legales. En la actualidad, bajo la forma de un Estado Social de Derecho, el uso de las armas pasa a jugar un papel de instrumento de defensa de la vida propia del miembro de la fuerza pública que la porta y de terceros, los ciudadanos que se vean atacados por actores armados al margen de la Ley. En consecuencia, el uso de las armas del Estado para atacar será excepcional y su único propósito podrá ser el de defender un interés legítimo superior, como la integridad territorial y la soberanía misma. Lo anterior tiene sustento en que en el Estado social de derecho las armas están instituidas para preservar la vida como bien supremo del ser humano.

La política, por su parte, como un instrumento de las democracias, tiene como fin último, en palabras de Hanna Arendt, garantizar la libertad del hombre en sociedad, siendo un elemento importantísimo en la construcción, implementación, ejecución y evaluación de las políticas públicas. Estas, por su parte, se constituyen en instrumentos fundamentales para permitir el desarrollo del hombre en sociedad y, en el caso de los miembros de la fuerza

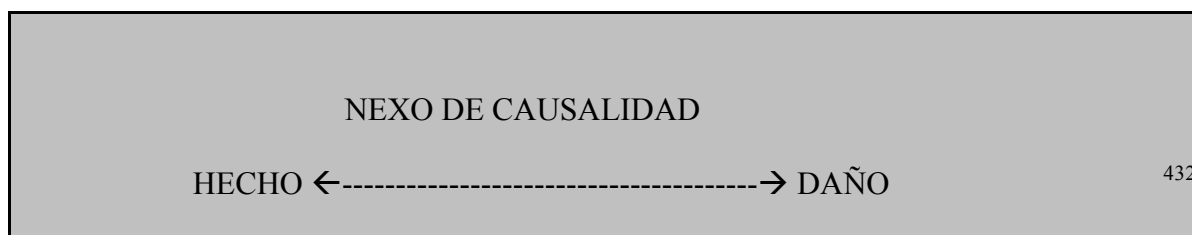
pública, deberían estar destinadas a garantizar el ejercicio y efectividad de sus derechos humanos y fundamentales en su condición de ciudadanos soldados.

Dentro del trabajo de investigación es importante resaltar la introducción por mandato constitucional del control de convencionalidad, a través del artículo 93 de la Constitución Política, en virtud del cual prima sobre el derecho interno, la aplicación de los convenios internacionales suscritos por Colombia en los que se garanticen los derechos humanos.

La aplicación del control de convencionalidad produce unos efectos importantísimos en el desarrollo de la responsabilidad porque modifica la responsabilidad del Estado. En efecto, los regímenes de responsabilidad del modelo francés, que se basaban en la teoría de la falla del servicio o responsabilidad con culpa, y los de responsabilidad objetiva, o sin culpa, se dejan de aplicar, dando paso a la teoría española del daño antijurídico y a la verificación de la soportabilidad de éste en la víctima, a la luz del derecho convencional y del derecho interno, primando el primero sobre el segundo.

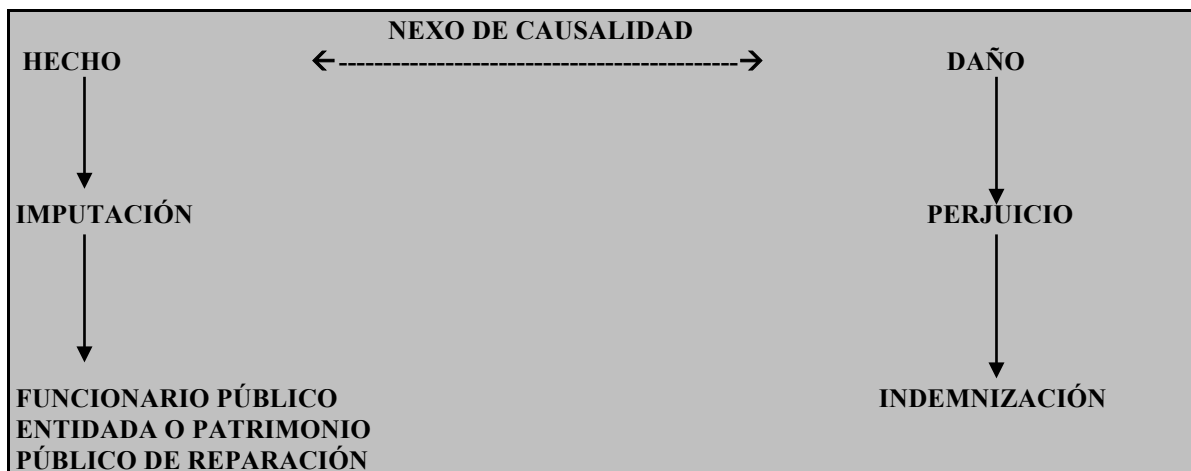
Esta evolución trae como consecuencia la modificación de la ecuación de la responsabilidad, que se puede ver, gráficamente, de la siguiente manera:

1. La ecuación plana de responsabilidad, en donde se determina la misma a través de la causalidad o causalismo

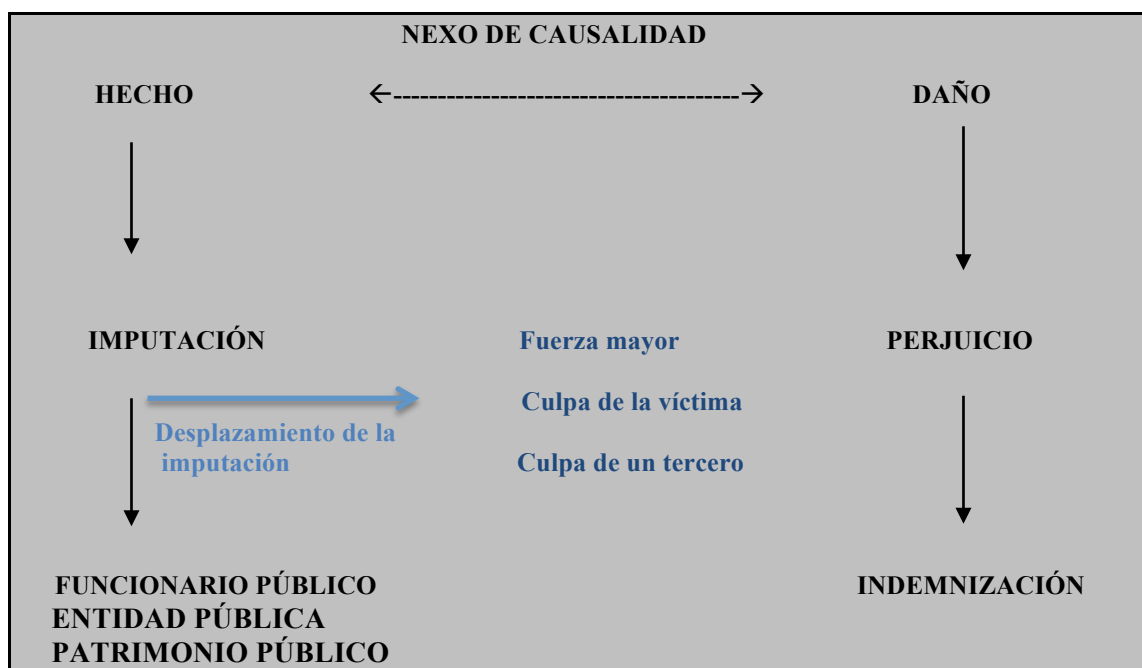


2. La ecuación complementada, en donde se plantea la imputación como uno de sus elementos fundamentales y la causación de perjuicios indemnizables como consecuencia.

⁴³² MARTÍNEZ Rave Gilberto, La responsabilidad civil extracontractual en Colombia, Bogotá, Biblioteca jurídica Dike, 1989, p.31



3. La ecuación propuesta en este trabajo con desplazamiento del nexo de imputación y no con ruptura del nexo de causalidad, como se pregonaba en la doctrina y la jurisprudencia recurrente, en el entendido que la imputación es la que determina la atribución de la responsabilidad, abandonando en cierta forma el causalismo.



4. Por último, la ecuación de responsabilidad contemporánea aplicando el control de convencionalidad, que además de ser más garantista, permite al juez de lo contencioso administrativo volcar su mirada a la víctima en su condición de tal y

verificar si tiene o no la obligación legal de soportar el daño, para luego determinar si el mismo es o no imputable al Estado, la Nación o la Administración Pública, para luego ordenar la reparación integral de los perjuicios con la indemnización económica de los mismos y con otros medios de reparación.

DAÑO ANTIJURIDICO--→ HECHO IMPUTABLE A: ESTADO-----→ DEBER DE REPARAR
FUERZA MAYOR→ EXONERA DE RESPONSABILIDAD
CULPA DE LA VICTIMA -----→ DEBER DE REPARAR
CULPA DE UN TERCERO -----→ DEBER DE REPARAR

Esta es una de las principales conclusiones del trabajo de investigación, porque la víctima del daño adquiere un papel protagónico al convertir la ecuación de la responsabilidad en un elemento plano. Además de lo anterior, el juez debe buscar que la víctima sea reparada integralmente y que tal reparación sea efectiva, no sólo con la indemnización económica de los perjuicios materiales e inmateriales, sino utilizando otros medios de reparación, que aunque en algunos casos sean simbólicos, adquieren relevancia para las víctimas en sus sentimientos como seres humanos, medidas de satisfacción personal que, en cierta medida, alivian el dolor recibido.

El trabajo determina que los miembros de la Fuerza Pública son sujetos activos de la reparación de los daños sufridos con aplicación plena de la ecuación contemporánea de responsabilidad, en su condición de ciudadanos – soldados. El avance jurisprudencial es de vital importancia porque sitúa a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en un plano más humano, como sujetos activos de los derechos humanos y ciudadanos reconocidos en la Constitución política y en los convenios internacionales suscritos por Colombia.

Es importante tener en cuenta que bajo la existencia del conflicto armado, surge la obligación en cabeza del Estado de reparar los daños de los miembros de la fuerza pública como consecuencia de los hechos de la guerra, que no del terrorismo, aplicando para ello el test de proporcionalidad establecido por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“(…) será proporcional y constituirá un riesgo ordinario asumido por los miembros de la fuerza pública los peligros que entrañe su función, siempre que i) la actividad desplegada esté acompañada de la adopción de las medidas técnicas y tácticas necesarias para la salvaguarda de sus derechos; ii) se enfrenten a riesgos anónimos, esto es, que sean generales y no que particularmente sean padecidos por un sujeto o grupo singular, y iii) se cuente con la formación profesional adecuada para afrontar los mismos.”⁴³³ Adquiere así el Estado unas obligaciones precisas, incluyendo las de formación para afrontar los riesgos propios del cumplimiento de las funciones constitucionales de defensa. Obedece lo anterior a la inclusión del concepto del Estado garante en virtud de la aplicación de dos principios fundamentales de orden constitucional, la obligación de protección elevada a fin esencial del Estado en el artículo 2 de la Constitución política que incluye a los miembros de la fuerza pública en su condición de ciudadanos soldados, y la inclusión de la cláusula de responsabilidad por daño antijurídico, entendido como aquel que la víctima no tiene la obligación legal de soportar, consagrado en el artículo 90 del mismo ordenamiento constitucional. Por lo tanto, el Estado debe garantizarle a los miembros de la fuerza pública el eficaz ejercicio de sus derechos constitucionales y convencionales.

Desafortunadamente al analizar la política pública de seguridad integral para la prosperidad, encontramos que no existe ningún elemento de diagnóstico, de estructuración o de ejecución de la política pública, destinados a capacitar a los miembros de la fuerza pública en la prevención de la violación de los derechos humanos y ciudadanos de sus propios funcionarios, por el contrario, el trabajo de campo arroja un desconocimiento mayoritario, casi total, sobre estos aspectos, en funcionarios del grado capitán haciendo curso para mayor, tenientes haciendo curso para capitán y cabos primeros haciendo curso para sargentos, quienes en últimas son los responsables de la ejecución de la política misma, generando responsabilidad por la violación de derechos humanos de los ciudadanos objeto de la protección y de sus propios miembros por falta de capacitación, de acuerdo con lo expuesto en la jurisprudencia y la doctrina. Se preocupa más la política pública de

⁴³³ Consejo de Estado, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes acumulados 23942 y 24775, sentencia de 30 de enero de 2013

seguridad para la prosperidad y sus leyes, decretos y resoluciones reglamentarias, por garantizar la defensa judicial de los miembros de la fuerza pública por la violación de los derechos humanos de los ciudadanos y de sus propios funcionarios, que por estructurar unos verdaderos mecanismos de prevención para evitar esas violaciones.

En el derecho internacional encontré que en Argentina, al referirse a la guerra regular, se determina la responsabilidad del Estado por los hechos de la guerra así: “En lo concerniente a la responsabilidad del Estado por los hechos de la guerra (v.gr. destrucción de inmuebles por artillería, incendios de campos, etc.) es evidente que tratándose de actividad administrativa deben aplicarse en esta materia todas las reglas y principios que se refieren a la responsabilidad extracontractual del Estado por el ejercicio de esa función... La jurisprudencia de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial Federal ha declarado que si bien los administrados carecen de acción para cuestionar los llamados poderes de guerra, ello ‘no enerva la posibilidad de que ataquen las consecuencias...’ entre las que se incluyen los daños y perjuicios ocasionados a particulares a raíz del ejercicio de dichos poderes”⁴³⁴. No comparto la posición Argentina, porque no considero a la guerra como una actividad administrativa como tal, y menos si se trata de una guerra irregular o de conflicto armado interno. No obstante, si es un avance el hecho de incluir la responsabilidad por la guerra, aplicada extensamente en el caso de la guerra de las Malvinas en ese país del sur.

En la responsabilidad del Estado por los hechos de la guerra irregular como consecuencia del conflicto armado interno o por los actos terroristas es pública, no administrativa, porque la misma recae en el Estado como ente jurídico o, de acuerdo con lo establecido en el artículo 217 de la Constitución Política, en la Nación, según el siguiente tenor literal: “*La Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el Ejército, La Armada y la Fuerza Aérea*”, por lo tanto, cuando estas actúan dentro del conflicto armado en actos de guerra, lo hacen como Nación, no como Administración Pública, sin importar que el daño se produzca en los particulares o sus propios miembros,

⁴³⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 7ª edición, tomo I, 2002, p.528

siendo esta, se repite, una público, que no administrativa.

Para la ecuación contemporánea de responsabilidad propuesta en este trabajo, también se aplican las causales de exoneración de la responsabilidad por Fuerza Mayor, Culpa de la Víctima y Culpa de un Tercero. El caso fortuito no exonera de responsabilidad por tratarse de una actividad interna de la administración, conclusión a la que se llega con fundamento en la teoría francesa defendida por los Hermanos Mazeaud y Tunc. En los hechos de la guerra o del terrorismo es poco probable que se configure la causal de exoneración de fuerza mayor, porque esta hace relación, por lo general, a los hechos de la naturaleza que se constituyen en imprevisibles, irresistibles y externos a la administración, como quiera que los ataques en la guerra son previsibles, desnaturaliza la eventual aplicación de la fuerza mayor, dada su previsibilidad. La culpa de la víctima exonerará a la Nación de responsabilidad si se demuestra que fue ella misma, es decir, el miembro de la fuerza pública, quien asumió su propio riesgo apartándose de los manuales de operaciones militares e incumpliendo las ordenes de protección emitidas por sus superiores. Habrá exoneración por culpa de un tercero, cuando sea este el causante del daño, siempre y cuando logre demostrar la Nación, a través de sus defensores, que la fuerza pública actuó con estricto cumplimiento de los manuales de operaciones militares, habiendo adoptado todas las medidas de prevención susceptibles de ser aplicadas técnica y tácticamente en el momento de ocurrencia de los hechos.

Deben trazarse linderos entre dos hechos diferentes, una es la responsabilidad por terrorismo, entendiendo por tal los sucesivos actos de violencia ejecutados para infundir terror, el cual se caracteriza por la imprevisión, generando responsabilidad del Estado si, previamente, conocían de su eventual ocurrencia y no adoptaron las medidas de prevención; otra es la responsabilidad por los hechos de la guerra irregular, entendiendo por tal la lucha entre bandos de una misma nación, la cual se caracteriza por la previsibilidad cuando el ataque se dirige contra los miembros de la fuerza pública, pues si el ataque se produce contra los civiles se torna en acto terrorista, de acuerdo con la aplicación de los test propuestos del *ius ad bellum* y el *ius in bellum*.

Luego, en el mismo escrito, hace mención a otras responsabilidades así: “... así frente a personas detenidas por autoridad o sometidas a conscripción obligatoria o a instrucción militar, mientras permanezcan en los lugares de reclusión o en los centros de enseñanza, la administración deberá responder por la vida e integridad de las mismas...”⁴³⁵ A contrario sensu, lo da a entender el ministerio público, si la muerte del miembro de la fuerza pública se produce fuera, o después de la etapa de instrucción y entrenamiento, o conscripción, no hay responsabilidad del Estado, tesis contraria a derecho y que deja a los miembros de la fuerza pública en estado de desigualdad con relación a los demás miembros de la sociedad colombiana.

Después la misma procuraduría argumentó: “... debido a que en el presente caso (toma de la base de las Delicias) la muerte del joven Miguel Ángel Rodríguez se produjo a causa de una actividad delincuencia, que el debió afrontar, por la situación en que se encontraba, esto es, el cumplimiento de un deber legal impuesto por la carta fundamental y el orden jurídico en procura del beneficio de la comunidad...” Argumento fuera de foco, alejado totalmente de la realidad fáctica ocurrida, desviando la responsabilidad hacia la culpa del tercero, sin entrar a analizar si se produjo realmente la falla del servicio o no, como la misma entidad Militar lo reconoce en el caso táctico. Nótese que el Ministerio Público no analiza la carga excesiva que debió soportar la víctima, asume que la carga que afrontó en el cumplimiento de su obligación constitucional es normal, está ceñido a los principios del ordenamiento mayor, cuando en realidad no lo es.

Actualmente el Consejo de Estado a corregido el rumbo ya reconocido que los miembros de la fuerza pública adquieren la condición de víctimas en calidad de ciudadanos soldados y, en consecuencia son sujetos activos de los derechos humanos reconocidos en los convenios internacionales suscritos por Colombia.

⁴³⁵ TRIBUNAL Contencioso Administrativo de Nariño, expediente No.980575, 23 de marzo de 2001, Pasto, M.P. JORGE ORDOÑEZ ORDOÑEZ

Ahora, con relación a la responsabilidad por actos terroristas, también se ha pronunciado el Consejo de Estado, determinando que para que se pueda configurar la responsabilidad del Estado deben concurrir los siguientes elementos: 1. Que haya mediado una falla del servicio, por las siguientes causas:

- Porque funcionarios públicos participaron directamente en la comisión del hecho.
- Porque la víctima o la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y esta no se le brindó.
- Porque el hecho era previsible en razón de las especiales circunstancias que se vivían en ese momento específico.
- Que el acto terrorista haya estado dirigido contra un objetivo estatal concreto, por lo que se indemnizaría a las víctimas por daño especial, régimen subsidiario, que se aplicó al atentado terrorista contra las instalaciones del DAS en Bogotá.
- Cuando el Estado ha actuado en forma legítima, y con ello creó un riesgo excepcional. Por ejemplo las viviendas cercanas a las bases militares y a las estaciones de policía.⁴³⁶

No comparto la posición del Consejo de Estado, porque excluye los ataques dirigidos contra objetivos civiles. En efecto, por ejemplo, ¿Qué ocurre si antes del ataque terrorista al club el Nogal el Estado, a través de cualquiera de sus organismos de seguridad, se entera que dicho ataque se produciría en días posteriores? Pues el Estado es responsable por no adoptar todas las medidas tendientes a evitar la producción del daño, en virtud del incumplimiento de los fines esenciales del Estado, dentro de ellos, proteger a todos los residentes en Colombia en su vida, honra y bienes⁴³⁷, como de hecho ocurrió.

Por esto, en mi concepto, la responsabilidad del Estado por actos terroristas se adquiere

⁴³⁶ CONSEJO de Estado, sección tercera, expediente 13.661, 21 de febrero de 2002, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴³⁷ CONSTITUCIÓN Política de Colombia, art. 2

cuando:

1. Se ha producido un daño antijurídico que la víctima no tiene la obligación legal de soportar.
2. El acto terrorista ha estado dirigido contra objetivo Estatal concreto, que no sea militar, porque si lo es, se constituye en un acto de guerra o hecho de guerra irregular.
3. El acto terrorista ha estado dirigido contra objetivo particular o civil concreto, siempre y cuando los organismos de seguridad del Estado hayan tenido conocimiento previo del objetivo del atentado. Era previsible.
4. El Estado, a través de sus organismos de seguridad, no adoptó los mecanismos y medidas necesarias para evitar la ocurrencia del hecho dañino.
5. El Estado ha actuado en forma legítima, y con ello creó un riesgo para el ciudadano que se materializa en daño.

Agrego los numerales 3 y 4 porque no puede el Estado exonerarse de responsabilidad, dadas las obligaciones adquiridas constitucionalmente al amparo de los fines esenciales del Estado social de derecho⁴³⁸. Tiene respaldo jurídico la inclusión de los civiles como víctimas en atentados terroristas, porque los protocolos de Ginebra así lo establecen al excluir a los civiles de todo conflicto armado.

Ahora, con relación a los hechos de la guerra irregular, el asunto merece un tratamiento distinto, porque no se puede encasillar en el concepto de acto terrorista, ya que, como se expuso anteriormente, el ataque va dirigido contra bases Militares o de Policía, Estaciones, Comandos de Policía, Batallones y Brigadas del Ejército. En estos casos la responsabilidad del Estado se configura, en mi sentir, de acuerdo con lo estudiado, si se cumple alguno de los siguientes requisitos:

1. El Estado ha sometido a los funcionarios de la fuerza pública a un riesgo superior al que normalmente deben soportar.
2. Se ha presentado la omisión en el cumplimiento de las funciones de dotación y abastecimiento.

⁴³⁸ CONSTITUCIÓN Política de Colombia, art. 2.

3. Se ha incumplido la aplicación de los manuales de operaciones militares y policiales, dado que ellas van destinadas a sitios con presencia del enemigo. Dada la previsión, deben adoptarse todos los mecanismos de seguridad tendientes a evitar un daño antijurídico.

En conclusión, es erróneo tratar el terrorismo como sinónimo de guerra de guerrillas, así lo exponen varios tratadistas: "... la acción terrorista puede ser definida, en términos de Brian Jenkins, como un '*weaponsystem*', el cual puede ser utilizado por si mismo o, lo que es históricamente mas común, como parte de un amplio repertorio de formas de lucha. Desde esta perspectiva un acto terrorista es concebido, ante todo, como un método que puede ser utilizado tanto por grupos propiamente terroristas, los que realizan actos terrorista de manera sistemática, como por organizaciones armadas no terroristas, que los ejecutan de manera esporádica. La utilización del terror de manera sistemática o circunstancial es una de las principales diferencias entre grupos guerrilleros y terroristas"⁴³⁹.

Si el acto terrorista va dirigido contra un organismo militar, o de policía, el acto es de guerra irregular, si en el ataque resulta comprometida la población civil, el ataque, frente a estos últimos, es terrorista, en estricta aplicación de los protocolos de Ginebra, en consecuencia la atribución de responsabilidad cambia, más no las consecuencias de la misma, porque se produce de todas formas un daño antijurídico que la víctima no tiene la obligación legal de soportar, imputable al Estado por la falta de cumplimiento de los fines esenciales del Estado a manera de cláusula obligacional de protección consagrada en el artículo 2 de la Constitución Política.

No comparto la jurisprudencia del Consejo de Estado por medio de la cual exculpa la responsabilidad del Estado en actos terroristas, con fundamento en la fuerza mayor: "... En relación con los daños causados por tales actos (terroristas), la jurisprudencia ha considerado que, en principio, no hay lugar a la reparación patrimonial por parte del Estado, porque los mismos son constitutivos de fuerza mayor, esto es, imprevisibles e

⁴³⁹ PIZARRO, Eduardo, *Terrorismo & seguridad*, Bogotá, Planeta Semana, 1ª edición, 2003, p. 34

irresistibles”⁴⁴⁰.

Mí inconformismo se centra en que no puede tipificarse la fuerza mayor cuando el hecho causante del daño proviene de una persona, pues en este caso estamos frente a la culpa o el hecho de un tercero, determinado o indeterminado, pero, al fin y al cabo, un tercero, no un hecho de la naturaleza imprevisible e irresistible.

Pero, además de lo anterior, debemos analizar cuales son los principios básicos que gobiernan la actuación de los organismos de seguridad del Estado frente a las situaciones de guerra y terrorismo.

- El primer principio es el de *la adecuación al ordenamiento jurídico*. En las actuaciones tendientes a controlar, evitar, sofocar, contrarrestar, e incluso, atacar, los focos generadores de violencia, debe el estamento armado adecuar su actuación al ordenamiento jurídico vigente, esto es, fundamentar su actuación a lo establecido en la Constitución Política, en la ley y en los reglamentos⁴⁴¹. En otras palabras, debe ceñirse al principio de legalidad, so pena de quedar incurso el funcionario en la omisión extralimitación en el ejercicio de sus funciones⁴⁴². En este punto es conveniente tener en cuenta que, dada la jerarquía que impera en los organismos armados del Estado, no pueden vulnerarse derechos fundamentales con respaldo en la obediencia debida, en otras palabras, debe abstenerse el subalterno de ejecutar órdenes cuya ejecución suponga la comisión de delitos, actos o hechos contrarios a la Constitución Política, la Ley y el reglamento.
- Principio relativo a la relación estatutaria funcional⁴⁴³: Se desprende de ella que el funcionario tiene una dedicación profesional, y en consecuencia debe intervenir en el restablecimiento de la ley y el orden. Debe mantener el secreto profesional en el manejo de la información relacionada con la seguridad del Estado y la seguridad ciudadana, y, en virtud de lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, responderá

⁴⁴⁰ CONSEJO de Estado, sección tercera, expediente No. 13.661, 21 de febrero de 2002, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁴¹ CONSTITUCION POLITICA, artículo 2

⁴⁴² CONSTITUCION POLITICA, artículo 6

⁴⁴³ PAREJO Alfonso Luciano y DROMI Roberto, *Seguridad pública y derecho administrativo*, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina – Marcial Pons, 1ª edición, 2001, p.102

personalmente por el daño que cause por culpa grave o dolo.

- Principios relativos a la actuación con incidencia en los ciudadanos:
 - Oportunidad: Presupone la posibilidad que tiene el organismo armado de intervenir para mantener la seguridad y el orden público. Dadas las circunstancias específicas, debe el organismo determinar los medios que debe emplear para lograr el fin esencial del Estado de seguridad y orden. Debe determinar cual es el momento oportuno para su intervención, procurando generar el menor riesgo para los ciudadanos y para sus mismos miembros. Una intervención inoportuna por extemporánea o prematura, puede generar responsabilidad del Estado por los daños que se causen a los particulares y a sus propios funcionarios.
 - Principio de la practicabilidad: La medida adoptada por el organismo de seguridad debe poder ser cumplida. Una medida utópica puede generar responsabilidad del Estado.
 - Principio de idoneidad: Hace relación a los medios que se emplearán para ejecutar la operación. Los medios dependen de varios factores a saber: Destinatario de la acción, es decir, debe analizar el perturbador de la seguridad y el orden público; medios a emplear para ejecutar la acción, es decir, debe determinar cuales son los medios en cuanto a las armas a emplear, medios de transporte, dotación, etc. necesarios para el cabal cumplimiento de la operación.
 - Principio de proporcionalidad: Está ligado al destinatario de la acción, porque el restablecimiento del orden y la seguridad debe procurar hacer el menor daño colateral y garantizar la vida e integridad personal, incluso, de los perturbadores. En virtud de la teoría de la menor incidencia, el organismo armado debe escoger la medida que, con la probabilidad esperada dada por un juicio *ex ante* y *ex situatione*, “genere una incidencia o repercusión negativa menor en los individuos y en la colectividad”⁴⁴⁴. Debe, adicionalmente, hacerse una evaluación de los riesgos y peligros, con el fin de minimizarlos.

⁴⁴⁴PAREJO Alfonso Luciano y DROMI Roberto, *Seguridad pública y derecho administrativo*, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina – Marcial Pons, 2001, 1ª edición, p. 111

De lo anterior se deduce que si el organismo de seguridad omite el análisis con los principios expuestos, puede generar responsabilidad del Estado frente a sus propios miembros si a ellos se les causa el daño antijurídico como consecuencia de la falta de planeación y frente a los particulares por daño antijurídico, al someterlo por negligencia a una operación caracterizada por la falta de planeación.

Surge otro asunto que tratar: ¿Estamos frente a una responsabilidad administrativa o frente a una responsabilidad pública? Debo concluir que estamos, sin lugar a dudas, frente a una responsabilidad pública, pues el militar cuando actúa en confrontación armada no lo hace en ejercicio de funciones administrativas, sino en ejercicio de funciones Constitucionales de carácter público, él, en ese momento, es el agente del Estado, es un representante de la Nación que confronta al agresor de la sociedad y que, en virtud de esa confrontación, busca garantizar a los demás asociados el ejercicio de los derechos y libertades públicas.

Empero, surge un problema que se debe tratar. La fuerza pública tiene reglamentos de operaciones que son reservados, también son reservados los “casos tácticos” que se producen como consecuencia de las operaciones favorables o desfavorables, que desarrolla la misma fuerza pública. Los abogados litigantes en su mayoría no conocen la profesión militar, excepcionalmente quienes han prestado servicio militar o aquellos que habiendo pertenecido a la fuerza en los grados de oficiales o suboficiales, hoy ejercen la profesión de abogados. Bajo el régimen de un Estado Social de Derecho ¿le es dable a la autoridad administrativa mantener la reserva de estos documentos aún dentro de los procesos que se inicien en su contra, en detrimento de los derechos patrimoniales del demandante, sean los mismos miembros de la fuerza pública o sus familiares? En mi concepto no es jurídico mantener esta reserva, así el demandante, a través de su apoderado, omita pedir como prueba el caso táctico, el reglamento, etc. debe la institución aportarlos. Puede pensarse y sonar absurdo que el demandado presente pruebas en su contra, pero no, pues al ser el demandado una entidad pública, debe actuar con lealtad procesal para con el demandante, que en el caso de las víctimas miembros de la fuerza pública, además de ser eso, son ciudadanos colombianos, para quienes debe existir la garantía constitucional del debido

proceso a cargo, no sólo del juez de conocimiento, sino de la misma entidad demandada, pues ella debe garantizar, a la luz de lo establecido en el artículo 2 de la Constitución Política, como fin esencial del Estado, el ejercicio de las libertades, deberes y derechos de todos los residentes en Colombia, dentro de ellos los miembros de la fuerza pública víctimas de las operaciones o sus deudos y familiares. Además debe tenerse en cuenta que la entidad demandada en su condición de tal, y de parte dentro del proceso, tiene la obligación legal de garantizar el debido proceso de su contraparte, el actor, porque, al fin y al cabo, la entidad demandada hace parte del Estado. Ahora, debo dejar claro como argumento base de la obligación de la entidad demandada de no ocultar pruebas y aportarlas así no se le pidan, que nos encontramos en un Estado Social de Derecho, cuya finalidad es la igualdad social y esta se hace efectiva cuando el Estado permite que el juez analice el caso sistemática e integralmente para garantizar los derechos de los sujetos procesales.

La responsabilidad del Estado frente a los miembros de la fuerza pública por los hechos de operaciones militares en guerra irregular no sólo se da en las catástrofes, también se puede dar en operaciones exitosas, por ejemplo en el caso táctico No. 002 de 1.997 “El Porvenir”, batallón de contraguerrillas No.12 en el que “El soldado que portaba la ametralladora se convirtió en hombre de asalto, sin seguridad, lo cual produjo la muerte a manos del enemigo. No se utilizó la ametralladora como arma de acompañamiento en el momento del asalto”⁴⁴⁵, en ésta operación el éxito fue de las tropas de las FF.MM. dieron de baja 14 integrantes del grupo armado y tan sólo perdieron al soldado de la ametralladora. Esta falla se debe a quien, ¿al soldado ametrallador? O ¿al comandante de la operación? Si es del primero por incumplir una orden dada por el superior, operará la culpa exclusiva y determinante de la víctima, sino, operará la falla del servicio por error en la conducción de la operación, en los dos casos, cada quien, demandado o demandante, deberá probar lo suyo.

⁴⁴⁵ FUERZAS Militares de Colombia, *Caso Táctico El Porvenir*, Bogotá, imprenta Fuerzas Militares, 1997, p.14

Así las cosas, existe responsabilidad del Estado por la muerte de miembros de la fuerza pública en combate irregular cuando se sobrepasan los límites del riesgo que la propia actividad militar genera, es decir, cuando se dejan de aplicar los reglamentos de operaciones militares de guerra irregular, tipificándose el daño antijurídico que la víctima no tiene la obligación de soportar. Los miembros de la fuerza pública constitucional son ciudadanos colombianos, ellos también están cobijados por los principios, derechos y deberes constitucionales, ellos también son destinatarios de los fines esenciales del Estado, por lo tanto a ellos también se les debe garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales, dentro de estos la vida y la integridad personal, así como los derechos convencionales, y eso sólo se logra cuando sus comandantes aplican en debida forma los reglamentos de operaciones y cuando el Estado y la sociedad a la que defienden los dotan de los medios técnicos, de intendencia, de armamento y administrativos necesarios para el cumplimiento de la misión, así como de la capacitación suficiente para cumplir con sus obligaciones constitucionales y legales.

Esta responsabilidad frente a los miembros de la fuerza pública ya no se analizará con el espectro de la teoría francesa, sino que se analizará bajo las reglas del control de convencionalidad, es decir, poniendo los ojos en la víctima para determinar si ella está o no obligada a soportar el daño y, de no estarlo, se revisará si los perjuicios consecuenciales son imputables al Estado, la Nación, una entidad pública o, cuando menos, un patrimonio público, para así determinar el valor de la indemnización de los perjuicios y la adopción de otras medidas de reparación.

Otra conclusión que llama la atención es que, por mandato del bloque de constitucionalidad, esto, por lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, el gobierno debe adoptar la política pública tendiente a evitar y prevenir la violación de los derechos humanos de todas las personas, incluidos los miembros de la fuerza pública. Se pudo determinar en el transcurso del proceso de investigación que el Consejo de Estado, en reiteradas sentencias, ha llamado la atención del Gobierno Nacional en cuanto al cumplimiento de esta obligación, sin que los gobiernos de turno las hayan

adoptado, por el contrario, como el mono sabio, no han escuchado el llamado del Consejo de Estado, no han visto sus sentencias y no han pronunciado palabra alguna al respecto. Mientras el Consejo de Estado avanza a pasos agigantados en la producción de sus providencias que incluyen el llamado al Gobierno Nacional para la adopción de la política pública, el gobierno avanza a paso de tortuga en su cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOGACÍA general del Estado, Dirección de servicios jurídicos del Estado, Manual de Responsabilidad Pública, Pamplona, Gobierno de España – Ministerio de Justicia – Thomson Reuters, 2010.
- ACOSTA, López Juana Ines, La protección de víctimas indeterminadas en el sistema interamericano de derechos humanos, Bogotá, Universidad Javeriana, 2005.
- AIZENSTATD, Leistenschneider, Najman Alexander, La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos, México, Universidad Autónoma de México, 2012.
- AMENÁBAR, María del Pilar, Responsabilidad extracontractual de la administración pública, Buenos Aires, Rubizal Culzoni, 2008.
- ANNAN, Kofi, Cumbre sobre democracia, terrorismo y seguridad, Madrid, 2005.
- ARENDT, Hannah, la promesa de la política, Barcelona, Paidós, 2008.
- ASAMBLEA Nacional Constituyente, *Gacetas acerca de la discusión de la redacción del artículo 90 en la Constitución de 1991*, Bogotá, 1991.
- ASOCIACIÓN, Henri Capitant, Vocabulario jurídico, Bogotá, Temis, 1995.
- BELLAMY, Alex J. Guerras justas, de Cicerón a Iraq, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2009.

- BETANCUR Jaramillo Carlos, *Derecho procesal administrativo*, Bogotá, ediciones Librería del Profesional, 1997, Bogotá 3ª Edición.
- BOBBIO, Norberto, el problema de la guerra y las vías de la paz, Barcelona, Gedisa, 2000.
- BOUTHOU, Gastón, El fenómeno guerra, Barcelona, Plaza y Janes S.A. 1971.
- CABARCAS, Macía Gina, militares política y derecho, sobre los silencios de la constituyente de 1991, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Buenos Aires, LexisNexis, 7ª edición, 2002.
- CHEVALIER, Jaques, Science Administrative, París, PUF, Temis, 1986.
- CHOMSKY, Noam, Piratas y emperadores, terrorismo internacional en el mundo de hoy, Barcelona, Ediciones B, 2003.
- CLAUSEWITZ, Karl Von, De la guerra, táctica y estrategia, Barcelona, Ideas Books, 1999.
- COLLEMAN, Jules, Los costos de los costos de los accidentes, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2013.
- COLLEMAN, Jules, Justicia correctiva y responsabilidad extracontractual, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2013
- CONSEJO de Estado, *Jurisprudencia acerca de la responsabilidad del Estado por*

actos terroristas, 1993, 1995, 2001, 2002.

- CONSEJO Superior de la Judicatura, *Jurisprudencia Y doctrina sobre derecho administrativo, memorias*, Bogotá, 1996.
- CONSEJO de Estado, *jurisprudencia acerca de la culpa exclusiva y determinante de un tercero en actos terroristas*, 2002.
- DAHL, Robert, *La poliarquía, participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 1989.
- DUVERGER, Maurice, *los partidos políticos*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- EJERCITO Nacional, *Caso táctico “Las Delicias”*, Bogotá, Editorial Fuerzas Militares, 1996.
- EJERCITO Nacional, *Caso táctico “El Porvenir”*, Bogotá, Editorial Fuerzas Militares, 1997.
- EJERCITO Nacional, *Manual EMC-03-MC de Seguridad de Bases Fijas y Bases Móviles*, Bogotá, Editorial Fuerzas Militares, 1997.
- EJÉRCITO Nacional, *Manual FFMM 3-10 reservado de operaciones militares*, Bogotá, Editorial Fuerzas Militares, primera edición, 1995.
- ELSTER, Jon, Cohen Joshua, *la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- ESCUELA Judicial Rodrigo Lara Bonilla, *Jurisprudencia Constitucional de Colombia*, Bogotá, 1992-2000.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomas Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, dos tomos, editorial Civitas S.A. 1997.
- GOMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *La violencia jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos*. Responsabilidad penal y disciplinaria ante la orden legítima. Bogotá, Doctrina y Ley Ltda. 1998.
- GUTIERREZ, Espada Cesáreo, *El hecho ilícito internacional*, Madrid, Dykinson, 2005.
- GUZMÁN, Campo Germán, *La violencia en Colombia*, Bogotá, Carlos Valencia Editores, 1986.
- HBERMAS, Jurgen, *La technique et la science comme ideologie*, París, Gallimar, 1973.
- HEADY, Ferrel, *Administración Pública, una perspectiva comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, Bogotá, editorial Externado de Colombia, 1998.
- HOYOS, Duque Ricardo, *Responsabilidad del Estado por el uso de las armas de fuego*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, Dike, 2006.
- IBARRA, Palafox Francisco, *Jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado*, México, Universidad Autónoma de México.
- JARAMILLO, Carlos, *Conflicto armado en Colombia*, Revista Semana, Bogotá,

No. 1.068, 2002.

- JIMÉNEZ, de Arrechaga, El derecho internacional contemporáneo, Bogotá, temis, 2008.
- JOSSERAND, Louis, Teoría general de las obligaciones, Bogotá, Leyer, 2007.
- KANT, immanuel, Sobre la paz perpetua, Madrid, Alianza Editores, 2012.
- LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro, *Práctica Contencioso y administrativa*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2ª edición, 1999.
- LINDBLOM, Charles, The Science of muddling through, Public Administrative Review, 1.986.
- LECA J. JOBERT B. Le dépérissement de l'état, Revue Francaise de Science politique, París, 1980.
- LOPEZ MORALES, Jairo, *Responsabilidad del Estado por error judicial*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1997.
- MAJONE, Giamdomerico, Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas, México, 1997.
- MARTÍNEZ, Rave Gilberto, La responsabilidad civil extracontractual en Colombia, Bogotá, Dike, 1989.
- MAYNTZ, Renate, Les burocraties publiques et la mise en oeuvre, Revue Internationale des Sciencies Sociales, Vol. XXXI, París, 1979

- MAZEAUD, Henry y León, TUNC André, *Tratado teórico práctico de responsabilidad civil delictual y contractual*, 6 tomos, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa - América, impresión, 1993.
- MEDINA, Ardila Felipe, La responsabilidad internacional del Estado por los actos particulares, Bogotá, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia
- MENY, Ives, THOENING Jean Claude, Las políticas públicas, Barcelonal, Ariel, 1992.
- OVEJERO, Felix, La libertad inhóspita, modelos humanos y democracia liberal, Barcelona, Paidós, 2002.
- PADIOLEAU J. L'Etat au concret, París, 1982
- PAILLET, Michel, La responsabilidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- PAREJO ALFONSO, Luciano y DROMI, Roberto, *Seguridad pública y derecho administrativo*, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina – Marcial Pons, 1ª edición, 2001.
- PELAEZ, Gutierrez Juan Carlos, Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos terroristas, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2000.
- PIZARRO, Leongómez Eduardo, Terrorismo y seguridad, Bogotá, Planeta-Semana, 2003.

- PLANIOL, Marcel, RIPERT Georges, las obligaciones civiles, Bogotá, Leyer, 2005.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *El conflicto, callejón con salida*, Bogotá, Panamericana formas e impresos S.A. 2003
- PIZARRO Eduardo y otros, *Terrorismo & seguridad*, Bogotá, Planeta – Semana, 1ª edición, 2003.
- POMBO, Manuel y GUERRA, José, *Constituciones de Colombia*, Bogotá, Biblioteca Banco Popular, cinco tomos, 4ª edición, 1986.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- REINARES, Fernando, terrorismo y antiterrorismo, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998.
- Reglamento de operaciones de combate irregular, Bogotá, Imprenta de las Fuerzas Militares, 1999.
- REY, Cantor Ernesto y REY, Anaya Margarita, Control de convencionalidad de las leyes y de la jurisprudencia y derechos humanos, obra inédita, 2014.
- REY, Cantor Ernesto y REY, Anaya Margarita, Medidas provisionales y cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, Temis, 2008.
- ROTH, Deubel André-Noel, Políticas públicas, formulación, implementación y evaluación, Bogotá, Aurora, 2006.

- SAAVEDRA, Becerra Ramiro, La responsabilidad extracontractual de la Administración pública, Bogotá, Ibañez, 2011.
- SABATIER, Paul y MAZMANIAM, Daniel, The conditions of effective implementation: a guide to Accomplishing Policy Objectives en analysis, 1979.
- SANTOFIMIO Jaime Orlando, *Derecho de defensa de las actuaciones administrativas, situación jurisprudencial*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales JAIME RESTREPO PIEDRAHITA, tomo 54, 1997.
- SANTOFIMIO, Gamboa Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Univeridad Externado de Colombia, 2013.
- SCHMIDT- ASSMANN, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013
- STOKER, Gerry, El buen gobierno como teoría: cinco proppuestas, revista internacional de Ciencias Sociales, Unesco, París, 1998.
- TAMAYO, Jaramillo Javier, La responsabilidad del Estado, Bogotá, Temis, 2000.
- TOURAINE, Alain, Crítica a la modernidad, Bogotá, Fondo de cultura económica, 2000.
- TOWSHEND, Charles, Terrorismo, una breve historia, Madrid, Alianza, 2008.
- TZU, Sun, El arte de la guerra, Bogotá, Panamericana, 1999.

- VALENCIA TOVAR ALVARO, *Testimonio de una época*, Bogotá, Planeta, 1992.
- VAQUER, Aloy Antoni, La responsabilidad civil, tendencias contemporáneas del derecho, Tomo 19, Bogotá, Universidad Libre, 2013.
- VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo Colombiano*, Bogotá, Temis, 11ª edición, 2000.

